Der urheberrechtliche Besitzstand.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin Luther-Universität
Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Rudolf Plücker
aus Charlottenburg

Berichterstatter:
Professor Dr. Hein.

1937.

Buchdruckerei Josef Rother, Berlin-Britz, Chaussestraße 107.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548123_0088

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Teil:

Das Wesen des urheberrechtlichen Besitzstandes.

§ 1: Der Schutz des Urheberrechtsverletzers in der Rechtsprechung und seine Voraussetzungen.
I. Die drei RG-Entscheidungen 5
II. Der Besitzstand als Voraussetzung des Schutzes . . . 8
III. Der Begriff des Besitzstandes 8

§ 2: Die Verkehrsgeltung als Kriterium des urheberrechtlichen Besitzsitzstandes 10
I. Ursprüngliches Urheberrecht:
a) Rechtmäßiger Besitzsstand 11
b) Unrechtmäßiger Besitzstand 11
α) Plagiat 12
β) Unfreie Benutzung 12
II. Abgeleitetes Urheberrecht:
1. a) Verkehrsgeltung zugunsten des wahren Urhebers . . 13
b) Verkehrsgeltung zugunsten des angeblichen Urhebers . 14
2. Verkehrsbekanntheit des Verlegers 15
III. Ergebnis 15

§ 3: Der geschaffene Wert als Kriterium des Besitzstandes . . . 16
I. Wertänderung des Zeichens durch die Verletzungen . . . 16
II. a) Der neue Wert des Zeichens 19
b) Der neue Wert als Kriterium des urheberrechtlichen Bestandes 20

§ 4: Die Möglichkeit des Schutzes eines Urheberrechtsverletzers . 23

§ 5: Arbeitserfolg und Rechtsverwirklichung als Kriterien des Besitzstandes 24
I. Verkehrsgeltung als Arbeitserfolg 25
II. Verkehrsgeltung als Rechtsverwirklichung 26
III. Urheberrechtliche Rechtsverwirklichung als Besitzstand . 26
IV. Die Grenze des Besitzstandes 27

II. Teil: Seite

Die Schutzwürdigkeit des urheberrechtlichen Besitzstandes.

§ 6: Der urheberrechtliche Schutz des Besitzstandes 29

§ 7: Besitzstand und Verwirkung.
I. Die Notwendigkeit der Verwirkung im Urheberrecht . . 30
II. Die urheberrechtliche Verwirkung als Verwirkung wettbewerblicher Befugnisse 32
III. Einzelbetrachtung der Verwirkungsvoraussetzungen als Vorbedingung einer Verwirkungsanwendung 34
IV. Mangelhafte Klärung der Rechtslage des Besitzstandschafters durch die Verwirkung 36

§ 8: Der Schutz des urheberrechtlichen Besitzstandes auf sachenrechtlicher Grundlage 37
I. Die Verarbeitungstheorie 38
II. Ersitzung 39

§ 9: Der Besitzstand — ein Gewohnheitsrecht.
I. Das Gewohnheitsrecht in der heutigen Rechtsprechung . . 40
II. Das Wesen des für den Besitzstandschutz erforderlichen Gewohnheitsrechts 41
III. Privileg und Urheberrechtsverletzung 43
IV. Der urheberrechtliche Besitzstand als gewohnheitsrechtliches Privileg 45

§ 10: Urheber und Besitzstandschafter als Treuhänder der Volksgemeinschaft.
I. Besitzstandrecht und Gemeinschaftsidee 46
II. Das Vorrecht der Volksgemeinschaft gegenüber den Interessen des Urhebers 47
III. Schutz des Besitzstandes und Gesamtwohl 47
IV. Die Stellung des Urhebers und Urheberrechtsverletzers zur Volksgemeinschaft 48
V. Der Besitzstandschafter als Urheberrechtsträger . . . 49

Ergebnis 51

Schrifttum 53

I. Teil.

Das Wesen des urheberrechtlichen Besitzstandes.

§ 1.

Der Schutz des Urheberrechtsverletzers in der Rechtsprechung und seine Voraussetzungen.

I. Erst in wenigen Fällen hatte das RG Gelegenheit, sich mit der Frage zu befassen, ob ein Urheberrechtsverletzer, der jahrelang vom Urheberrechtsträger ungehindert in dessen Rechte eingriff, noch auf Unterlassung seiner Verletzungshandlungen in Anspruch genommen werden kann. Der erste, diese Frage betreffende Streit, den das RG zu entscheiden hatte[1]), war gegen den Verleger und den Verfasser eines Operettenführers gerichtet. Die Urheberrechtsträger einiger Operetten verlangten Unterlassung der Vervielfältigung und Verbreitung der in dem Führer enthaltenen kurzen Inhaltsangaben dieser Operetten. Es wurde festgestellt, daß die Handlungsschilderungen in diesen Führern keine freien Schöpfungen im Sinne des § 13 LUG sind und auch sonstige urheberrechtliche Bestimmungen, wie das Zitatrecht des § 19, nicht anwendbar waren[2]). Die Urheberrechtsträger konnten also auf Grund ihres ausschließlichen Rechts Unterlassung der Vervielfältigung und Verbreitung verlangen[3]).

Mit jeder Vervielfältigungs- und Verbreitungshandlung der Verletzer waren neue rechtlich gleichartige Unterlassungsansprüche entstanden. Die Urheberrechtsträger hatten aber jahrelang diese Ansprüche nicht geltend gemacht. Erst viele Jahre, nachdem die Operettenführer im Buchhandel erschienen waren, traten sie mit ihrem Unterlassungsanspruch hervor. Während dieser langen Zeit waren die Führer ungehindert verbreitet worden. Gerade in der letzten Zeit vor der Klageerhebung wurden sie besonders viel gekauft und gelesen und erfreuten sich großer Bekanntheit und Beliebtheit beim Publikum. Dieser

1) RG 129. 258 = JW 1931, 430 (mit Anmerkung von Elster) Urteil vom 25. 6. 1930.
2) Vgl. Elster, Ufita, 1934, 58.
3) §§ 11 LUG, 1004 BGB.

plötzlich aufgetretene starke Absatz der Führer war durch die Einführung des Rundfunks verursacht worden. Durch die Sendespiele war in weitesten Kreisen das Bedürfnis nach derartigen Einführungen in die Operetten aufgetreten. Vor der Einführung des Rundfunks wurden die Führer hingegen nur verhältnismäßig wenig verlangt und die Verletzten hatten kaum ein wirtschaftliches Interesse an der Untersagung. Nach Einführung des Rundfunks änderten die Verletzungshandlungen ihren rechtlichen Charakter insofern nicht, als jede Vervielfältigungs- und Verbreitungshandlung einen Eingriff in das Urheberrecht darstellte. In wirtschaftlicher Hinsicht trat aber eine völlige Veränderung ein. Die Urheberrechtsträger hatten jetzt an einer eigenen Ausnutzung der Urheberrechte an derartigen Inhaltsschilderungen der Operetten großes Interesse. Bei dem zu erwartenden großen Abnehmerkreis wäre die Ausnutzung für sie lohnend gewesen.

Die herrschende Lehre will in der Regel für derartige Fälle eine Schutzwürdigkeit begründen. In dieser Entscheidung wird jedoch ein Schutz des Urheberrechtsverletzers abgelehnt, da der Tatbestand die Voraussetzungen der Schutzwürdigkeit nicht erfülle. Der Entscheidung ist aber zu entnehmen, daß als Folge langjähriger Verletzungshandlungen, gegen die der Urheberrechtsträger jahrelang nicht vorgegangen ist, eine Schutzwürdigkeit des Verletzers bestehen kann. Die herrschende Lehre will diese Rechtsfolge aus der langjährigen Nichtgeltendmachung von urheberrechtlichen Ansprüchen unter besonderen Umständen nach Treu und Glauben herleiten, wenn die Tatbestände der Vervielfältigungs- und Verbreitungshandlungen gleichartig sind. Ist ein neuer Tatbestand von den früheren Verletzungshandlungen hinsichtlich des gleichen Schutzgegenstandes verschieden, so kann das Schweigen hinsichtlich der aus den früheren Verletzungshandlungen entstandenen Unterlassungsansprüche die Verfolgung des neuen Anspruchs nicht ausschließen. Die im Operettenführerfall vorliegende wirtschaftliche Verschiedenheit begründet eine Ungleichartigkeit des Tatbestandes. Ein wirtschaftlich wesentlich anders zu beurteilender Tatbestand ist gegenüber früheren ein neuartiger Tatbestand. Hinsichtlich dieses Tatbestandes kann eine Schutzwürdigkeit des Verletzers nicht gegeben sein. Ein Schutz des Verletzers kann nur in bezug auf gleichartige Tatbestände stattfinden. Das RG ist offenbar von dem Gedanken der Ungleichartigkeit der Tatbestände ausgegangen, als es den Verletzerschutz ohne nähere Begründung ablehnt.

Mit der Schutzwürdigkeit des Urheberrechtsverletzers hatte sich das RG dann nur noch zweimal zu befassen. In diesen beiden

Streitigkeiten handelt es sich um urheberrechtliche Unterlassungsansprüche des Verlegers der Werke Wilhelm Buschs. Er verlangte in beiden Fällen von einem anderen Verleger, der Werke Buschs in Sammlungsform als „Kleines Wilhelm-Busch-Album" schon seit 17 Jahren herausgab, ohne dazu berechtigt zu sein, Unterlassung der Verletzung seiner Rechte an den Werken Buschs. Nur in einem dieser beiden Fälle ist das RG geneigt, dem an sich unberechtigten Verleger Schutz zu gewähren, da er 17 Jahre lang ungehindert das „Kleine Wilhelm-Busch-Album" herausgegeben hat[4]). Es handelt sich nicht um ein in der Sache abschließendes Urteil. Der Streit wurde zwecks weiterer Tatsachenfeststellung zurückverwiesen. Dem Verletzer wurde daraufhin im abschließenden Urteil tatsächlich Schutz gewährt, d. h. der verletzende Verleger soll weiterhin zur Herausgabe des „Kleinen Wilhelm-Busch-Albums" berechtigt sein. Dieses Urteil ist nicht veröffentlicht worden. Sein Inhalt ergibt sich aber aus einem späteren Rechtsstreit zwischen denselben Parteien[5]). Der beklagte Verleger hatte eine neu zusammengestellte Sammlung, zum Teil derselben Buschwerke, das „Wilhelm-Busch-Buch", herausgegeben. Da er zur Herausgabe des „Kleinen Wilhelm-Busch-Albums" berechtigt war, nahm er an, daß er auch eine neue, diesem ähnliche Sammlung herausgeben dürfe. Das RG war jedoch mit Recht anderer Meinung, weil „das „Wilhelm-Busch-Buch" im Verhältnis zum „Kleinen Wilhelm-Busch-Album" etwas anderes und Neues sei, keine bloße Neuausgabe". Auch das „Buch" enthielt eine Werkauslese. Der Inhalt war aber verschieden, er war „teils durch Streichung, teils durch Ergänzung mannigfach geändert". In dieser Entscheidung mußte also ein Schutz des Verletzers verweigert werden, weil es sich um rechtlich neuartige Verletzungen handelte und diese erst kurze Zeit hindurch vorgenommen worden waren.

Seit diesem Urteil hat sich das RG noch nicht wieder mit der Frage nach einem Schutze des Urheberrechtsverletzers befaßt. Hier wie auch in den beiden anderen Entscheidungen hält es einen solchen Schutz für möglich, wenn der Verletzte gegen die Verletzungshandlungen jahrelang nicht vorgegangen ist. Aber in keiner Entscheidung hat das RG einen solchen Schutz urteilsmäßig ausgesprochen. Es handelt sich in diesen Urteilen lediglich um theoretische Erörterungen, die die Absicht erkennen lassen, unter gewissen Voraussetzungen dem Verletzer eines Urheberrechts gegenüber dem aus diesem fließenden Unterlassungsanspruch Schutz zu gewähren.

4) RG 139, 327 = JW 1933, 2276 (mit Anmerkung von de Boor) = GRUR 1933, 669. Urteil vom 4. 2. 1933.

5) RG 144, 106 = JW 1934, 2040 (mit Anmerkung von Ritter) = GRUR 1935, 255. Urteil vom 10. 3. 1934.

II. Der Schutz des Urheberrechtsverletzers soll sich aus einem erst im Laufe der letzten Zeit entwickelten neuen Rechtsbegriff, den man Verwirkung nennt, ergeben. Man sagt, der Berechtigte habe seinen Anspruch verwirkt. Als Folge der Verwirkung des Unterlassungsanspruchs ergibt sich sodann mittelbar ein Schutz des Verletzers.

Nach Ansicht des RG ist eine Verwirkung des Unterlassungsanspruchs gegeben, wenn „die Klägerin ein Verhalten der Beklagten geduldet hat, zu dem diese nicht befugt war, und ... solche Duldung einen gewissen Verkehrsbesitzstand der Beklagten gezeitigt hat"[6]). In der „Wilhelm-Busch-Buch"-Entscheidung[7]) heißt es ähnlich: „Festzuhalten ist allerdings an der in Rechtsüberzeugung und Erwägungen wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit begründeten Auffassung, daß eine lange Zeit hindurch mit Mühe und Kosten erworbener Verkehrsbesitzstand, der in fremde Befugnisse eingreift, vom Verletzten nicht mehr beseitigt werden darf, nachdem er ihn erst durch sein abwartendes Dulden hat entstehen lassen, ohne durch gerechtfertigte Gründe zu solcher Untätigkeit veranlaßt zu sein."

Aus allen bis jetzt ergangenen Entscheidungen geht hervor, daß auf Seiten des Urheberrechtsverletzers eine eigentümliche, Besitzstand genannte Rechtslage vorhanden sein muß, wenn der urheberrechtliche Unterlassungsanspruch scheitern soll. Es ist jedoch nicht klar, warum als Rechtsfolge eines Besitzstandes auf der Verletzerseite eine Verwirkung des gegnerischen Unterlassungsanspruchs eintreten soll. Um dieses von der herrschende Lehre nicht begründete Abhängigkeitsverhältnis zu klären, soll eine Prüfung des Besitzstandes unabhängig von dem Begriff der Verwirkung vorgenommen werden. Erst wenn das Wesen des Besitzstandes geklärt ist, kann in die Erörterung seiner Rechtsfolgen eingetreten werden.

Über den Begriff des Besitzstandes werden in den Urheberrechte betreffenden Entscheidungen fast keinerlei Erörterungen gemacht. RG 139, 327 erwähnt nur kurz, daß sich zugunsten der Beklagten ein befestigter Verkehrsbesitzstand gebildet habe, „indem das „Kleine Wilhelm-Busch-Album" auf dem Markt blieb, angezeigt, ausgelegt, bestellt, verkauft, gelesen wurde".

III. Um zu einer Klärung des Besitzstandes im Urheberrecht zu kommen, ist es erforderlich, auf das Gebiet zurückzugreifen, in dem er entstanden, entwickelt und zu einem feststehenden, nicht mehr entbehrlichen Begriff geworden ist, auf das Wettbewerbsrecht. Auch das RG verweist in den erwähn-

6) RG 139, 327.
7) RG 144, 106.

ten Entscheidungen, allerdings ohne weitere Begründung, auf wettbewerbsrechtliche Entscheidungen.

Von einem Besitzstande eines Unternehmers an einem Zeichen spricht man, wenn infolge eines ungestörten, fortgesetzten Gebrauchs sich das Kennzeichen im Verkehr durchgesetzt hat[8]). Diese Durchsetzung im Verkehr ist gegeben, wenn in einem erheblichen Teil[9]) der in Betracht kommenden Verkehrskreise bei Wahrnehmung des Kennzeichens die Überzeugung vorhanden ist, daß die gekennzeichnete Ware aus einem bestimmten Betrieb herstamme. Den Betrieb selbst braucht das Publikum nicht zu kennen; es müssen nur bestimmte Schlüsse aus dem Kennzeichen auf die Herkunft gezogen werden können.

Hat ein Zeichen einen Zustand der Durchsetzung und Verkehrsbekanntheit erreicht, so daß es innerhalb der beteiligten Verkehrskreise als Kennzeichen für eine bestimmte Herkunft gilt, so spricht man von einer Verkehrsgeltung[10]). Sie entsteht zugunsten dessen, der das Zeichen benutzt. Dieses kann der im Register Eingetragene sein, der durch die Eintragung ein Zeichenrecht erworben hat. Es kann auch ein nicht formal Berechtigter sein. Auch der nicht eingetragene Benutzer kann einem Zeichen Verkehrsgeltung geben. Unabhängig vom Register erlangt er mit der Verkehrsgeltung ein Zeichenrecht, sofern die Benutzung des Zeichens nicht in ein schon bestehendes Zeichenrecht eingreift. Wird ein Zeichenrecht verletzt — mag das verletzte Zeichen Verkehrsgeltung zugunsten des Berechtigten haben oder nicht —, so kann auch Verkehrsgeltung zugunsten eines unberechtigten Benutzers entstehen. Die Entstehung eines Zeichenrechts auf Grund dieser Verkehrsgeltung findet jedoch eine Schranke am schon bestehenden Zeichenrecht.

Die Verkehrsgeltung, sei es die zugunsten eines berechtigten oder die zugunsten eines unberechtigten Benutzers, bezeichnet die tatsächliche Einstellung der beteiligten Verkehrskreise zum Benutzer. „Der Begriff der Verkehrsgeltung ist kein Rechtsbegriff"[11]). Aus diesen Tatsachen, eben aus der Verkehrsgeltung, ergibt sich bei „besonderer Intensität"[12]) der Beziehung des Benutzers zum Zeichen eine Rechtsfolge, die Besitzstand genannt wird[13]). Die Verkehrsgeltung ist also die tatsächliche Grundlage für die Rechtsfolge Besitzstand. Sie ist ein Kriterium für das

8) Ähnlich Herzog S. 10.
9) Vgl. RG in JW 34, 30; Mäcke S. 32.
10) Vgl. allgemein schon O. Gierke, Privatrecht S. 714 in und bei Anmerkung 33; für Zeichen: Callmann § 16 Anm. 29 a; Furler S. 15 ff.; Siebert S. 193 ff.
11) Callmann, § 16 Anm. 29 a, S. 391.
12) Vgl. Mäcke S. 32.
13) RG in JW 1934, 30.

rechtliche Zugehörigkeitsverhältnis eines Zeichens, für den Besitzstand. Damit ist sie aber auch ein Kriterium für das aus dem Besitzstand zu folgernde rechtliche Verhältnis zwischen dem Verletzer und dem Inhaber eines Zeichenrechts.

Was unter dem Rechtsbegriff Besitzstand zu verstehen ist, ist auch heute noch nicht eindeutig festgelegt. Der Begriff wird gemeinhin ohne nähere Erläuterung gebraucht[14]). Eine Identifizierung des Besitzstandes mit der Verkehrsgeltung[15]) ist abzulehnen, trotzdem beide Begriffe meist „im gleichen Sinne gebraucht" werden[16]). „Besitzstand ist nicht gleichbedeutend mit Verkehrsgeltung"[17]). In der Regel wird gelehrt, daß die Verkehrsgeltung einen Besitzstand herbeiführe. In diesem Sinn sagt das RG in der Verwirkungsrechtsprechung, daß ein Verkehrsbesitzstand infolge Verkehrsgeltung entstanden sei.

Das nähere Verhältnis zwischen Verkehrsgeltung und Besitzstand ist indessen bisher niemals untersucht worden. Ist die Verkehrsgeltung unbedingte Voraussetzung des wettbewerblichen Besitzstandes, so ist anzunehmen, daß sie auch für den urheberrechtlichen Besitzstand von Bedeutung ist, vorausgesetzt, daß eine Verkehrsgeltung im Gebiete des Urheberrechts überhaupt möglich ist. Sollten wir aber zu einer Ablehnung der Verkehrsgeltung im Urheberrecht kommen, so ist zu prüfen, ob ein Besitzstand sich auch aus anderen Tatsachen ergeben kann.

Es ist zuerst festzustellen, was im Urheberrecht zu einer Verkehrsgeltung gebracht werden soll. Im Zeichenrecht muß der Verletzer das Kennzeichen zur Verkehrsgeltung bringen. Dieses ist der Gegenstand des verletzten Kennzeichenrechts. Gegenstand des Urheberrechts ist aber das Werk. Das dem Kennzeichen im Urheberrecht entsprechende Werk müßte also zu einer Verkehrsgeltung gebracht werden. So wie der Verletzende im Zeichenrecht das Zeichen „wegnimmt" und zur Verkehrsgeltung bringt, müßte im Urheberrecht das dem Urheberrechtsinhaber „genommene" Werk Verkehrsgeltung erlangen.

§ 2.

Die Verkehrsgeltung als Kriterium des urheberrechtlichen Besitzstandes.

Entstehungsgeschichtlich findet die Verkehrsgeltung ihren Ausgangspunkt in den §§ 15 WZG[1]) und 16 UWG. Diese Gesetzesstellen behandeln den rechtmäßigen Besitzstand. So wie

14) Ulmer S. 23.
15) So Furler S. 4.
16) Siebert S. 193.
17) Callman § 1 Anm. 43 S. 156.
1) Gesetz v. 12. Mai 1894.

der unrechtmäßige Besitzer eines Kennzeichens, von dem meist nur die Rede ist, diesem Zeichen Verkehrsgeltung verschaffen kann, kann dies auch der wirklich Berechtigte, der sich mit dieser Verkehrsgeltung einen sogenannten rechtmäßigen Besitzstand schafft. Soll im Urheberrecht eine Verkehrsgeltung möglich sein, so müßte sie auch hier zugunsten des wirklich Berechtigten erwirkt werden können.

Kennzeichenrecht und Urheberrecht unterscheiden sich grundsätzlich insofern, als bei dem letzteren viel reichere Möglichkeiten der Rechtsübertragung gegeben sind. Beim Kennzeichenrecht ist die Berechtigung zur Benutzung eines Kennzeichens immer an den gleichen Betrieb gebunden. Im Urheberrecht kann es sich um das ursprüngliche Urheberrecht des Schöpfers oder um das abgeleitete Recht solcher Personen handeln, die das Urheberrecht ganz oder teilweise[2]) erworben haben.

I. a) Steht das Urheberrecht noch dem Schöpfer zu, so ist eine Art Verkehrsgeltung für den wirklichen Rechtsträger sehr wohl vorstellbar, ja sie ist grundsätzlich das Ziel jedes Urhebers, denn jeder will, daß sein Werk bekannt und ihm zugerechnet wird, und daß es für ihn wirke.

Die Bekanntheit des Werkes wird sich dann bei einem weiteren Werk desselben Urhebers auswirken, findet man doch z. B. auf neuen Büchern bisweilen den Hinweis: von X. X., dem bekannten Autor des erfolgreichen Werkes Y. Z.

b) Bei unrechtmäßiger Benutzung müßte, entsprechend dem Kennzeichenrecht, die soeben gezeigte Verkehrsgeltung zugunsten des Urheberrechtsverletzers entstehen. Kennzeichen und Werk weisen in bestimmter Hinsicht große Ähnlichkeit auf. Beide sind nicht um ihrer selbst willen da. Sie sind grundsätzlich für das Publikum bestimmt, dem sie bekannt werden sollen. Die Verkehrsbekanntheit des Zeichens ruft Vorstellungen über den Betrieb des Unternehmers hervor, die sich nur auf diesen Betrieb und nicht auf den formal Zeichenberechtigten als solchen beziehen. Zu diesem Subjekt der Verkehrsbekanntheit müßte auch der Urheberrechtsverletzer werden, wenn von einer Verkehrsgeltung im Urheberrecht gesprochen werden soll.

Es muß „eine Umformung" des in Wirklichkeit bestehenden Zustandes „durch die Macht der Tatsachen" eintreten[3]). Das unbefugt benutzte Kennzeichen würde jetzt als Hinweis auf die Leistungen des an und für sich Unberechtigten dienen. Es wirkt für den Verletzer und wird ihm zugerechnet. Das Werk müßte ähnliche Funktionen zugunsten des Urheberrechtsverletzers ausüben, als deren Folge es im Verkehr in eine Verbindung mit dem

2) Werknutzungsrecht und Verlagsrecht.
3) Vgl. KG in RG-Entscheidung 139, 327.

Verletzer gebracht wird. Es muß in den Augen des Verkehrs ein Zugehörigkeitsverhältnis zu ihm eingegangen sein.

Eine solche Fehlzurechnung des Werkes kann nur vorkommen, wenn der Unberechtigte beispielsweise infolge Nennung als Urheber des Werkes durch unmittelbare Kennzeichnung individualisiert oder infolge besonderer Eigenheiten des Werkes als Schöpfer im Verkehr angesehen und insofern mittelbar individualisiert wird[4]).

α) Diese Voraussetzungen können beim Plagiat gegeben sein. Hier übergibt der Verletzer das Werk eines anderen ganz oder teilweise dem Verkehr und ruft dadurch, daß er sich als Schöpfer bezeichnet, eine falsche Vorstellung in den Kreisen, die mit dem Werk in Berührung kommen, hervor. Der Plagiator wird als Autor des Werkes angesehen. Das Publikum schreibt ihm das denkbar innigste Verhältnis zum Werk zu, weil es zu seinen Gunsten das zwischen Schöpfer und Geschaffenem bestehende Band der geistigen Schöpfung annimmt. Das Werk wirkt nicht für den eigentlichen Urheber, sondern für den, der sich hierfür ausgibt. Es geht so ein Zugehörigkeitsverhältnis zum Plagiator ein, das man, als dem Begriffe der wettbewerblichen Verkehrsgeltung nahestehend, als urheberrechtliche Verkehrsgeltung bezeichnen kann.

Mit diesem Fall der urheberrechtlichen Verkehrsgeltung ist folgendes nicht zu verwechseln. Den Namen Felix Dahns benutzte ein Urheber, um seine Werke leicht zu verbreiten, indem er Dahn als Autor in den Exemplaren angab und sich selbst verschwieg[5]). Hier kann wohl eine Verkehrsgeltung zugunsten des Benannten eintreten; diese interessiert hier aber nicht. Eine Verkehrsgeltung zugunsten des Verletzers, die für uns nur von Bedeutung wäre, entsteht aber niemals, da er ja überhaupt nicht in Erscheinung tritt.

β) Auch in den Fällen unfreier Benutzung eines fremden Werks kann für den durch Vervielfältigung oder Verbreitung verletzenden Nachschaffer eine das benutzte fremde Geistesgut betreffende urheberrechtliche Verkehrsgeltung entstehen. Ist eine Bearbeitung nicht als solche erkennbar, so wird der Eindruck erweckt, daß eine Eigenschöpfung vorliegt. Dem Bearbeiter wird also auch das von ihm nur bearbeitete Geistesgut eines anderen zugerechnet. Somit erlangt dieses dem Urheber des bearbeiteten Werks eigentlich zuzurechnende, in der Bearbeitung enthaltene fremde Geistesgut Verkehrsgeltung zugunsten des Bearbeiters.

---

4) Vgl. über Individualisierungsmittel: Hein. Indentität I S. 45 ff.
5) Vgl. Kohler, Urheberrecht S. 14.

In dem oben erwähnten Operettenführerfall[6]) wurde ebenfalls das Geistesgut der Operettenkomponisten und Dichter zu den Handlungsschilderungen benutzt. Gewiß hat niemand den Verfasser des Führers als Urheber der Operetten angesehen. Es war jedoch äußerst streitig, ob überhaupt in den Handlungsschilderungen eine Urheberrechtsverletzung zu sehen sei oder ob es sich nicht vielmehr um eigentümliche Schöpfungen gemäß § 13 LUG handele; auch war eine Überschreitung des Zitatrechtes nach § 19 LUG nicht ohne weiteres erkennbar. Die meisten Benutzer der Führer wären vielleicht, wenn sie sich über die rechtliche Stellung des Verfassers Gedanken gemacht hätten, zu einem der Entscheidung entgegengesetzten Resultat gekommen und hätten den Herausgeber als Urheber angesehen. Aus dem vorliegenden Exemplar konnte also nicht erkannt werden, daß die Handlungsschilderungen des Verfassers unfrei waren[7]). Daher wurden dem Verletzer die Handlungsschilderungen zugerechnet. Er wurde als Urheber angesehen.

Derartige Tatbestände haben große Ähnlichkeit mit der Verkehrsgeltung des Wettbewerbsrechts, und es ist gerechtfertigt, von einer „Art Verkehrsgeltung" zu sprechen[8]). Sie ist in den Fällen gegeben, in denen ein Nichturheber als Urheber oder der nachschaffende Benutzer als Alleinurheber auftritt. Im ersten Falle wird dem Plagiator etwas zugerechnet, was ihm überhaupt nicht zusteht. Dem Nachschaffer wird alles zugerechnet, trotzdem er nur teilweise berechtigt ist. Hiernach ist auch im Urheberrecht eine dem Kennzeichenrecht entsprechende Verkehrsgeltung möglich. Diese kann einerseits zugunsten des wahren Urhebers, andererseits aber auch zugunsten dessen, der fälschlich als Urheber betrachtet wird, stattfinden.

II. 1. a) Die Verkehrsgeltung zugunsten des wahren Urhebers kann weiterhin durch die Tätigkeit eines Rechtsnachfolgers entstehen. So dient die gesamte Tätigkeit eines Verlegers zur Bekanntmachung des Urhebers. Diese Verkehrsgeltung entsteht nicht zugunsten des Verlegers. Dieser ist nicht selbständiges

6) RG 129, 258; vgl. oben S. 5 ff.

7) Das OLG Dresden hatte entschieden, daß „die vier Führer aus freier Benutzung der Operetten . . . erwachsene eigentümliche Schöpfungen sind (§ 13 Abs. 1 LitUrhG.)." RG 129, 252 (257f.) hob jedoch auf, denn die Führer stellten keine „aus freier Benutzung hervorgegangene eigentümliche Schöpfung" dar. Die Einführungen waren „ohne eigenen, besonderen Gedankeninhalt". „Die spärlichen Zutaten des Verfassers" zum Geistesgut der Urheberrechtsträger hatten „weder bemerkenswerten Gehalt, noch persönliche Farbe". Ein nüchterner Bericht der Bühnenvorgänge ist „nichts Schöpferisches".

8) So Siebert S. 217. De Boor sagt in JW 1933, 2276 (2279), daß die Beklagten „für ihre Operettenführer so etwas wie Verkehrsgeltung erlangt" haben.

Subjekt einer Verkehrsgeltung. Die teilweise Übertragung der Urheberrechte ändert hinsichtlich der Verkehrsgeltung nichts daran, daß jeder Verbreitungsakt die Verkehrsgeltung des Urhebers erhöht. Das Subjektverhältnis des Urhebers zum Werk ist einmalig. An dem Entstehungsgrund der Verkehrsgeltung, dem Werk des Schöpfers, hat sich durch die Übertragung an den Verleger nichts geändert. So wird z. B. der „Struwelpeter" nicht deshalb vom Publikum viel gekauft, weil er bei Rütten und Löning verlegt ist, „sondern weil sein Schöpfer etwas ganz Besonderes geleistet hat"[9]). Der Verkehr befaßt sich im Zusammenhang mit dem Werk nur mit dem Urheber. An seinen Rechtsnachfolger, den Verleger, wird nicht gedacht.

b) Auch zugunsten eines Unberechtigten[10]) kann die Verkehrsgeltung durch einen Verleger, dem das in Wahrheit nicht oder nicht in vollem Umfange[11]) vorhandene Urheberrecht übertragen worden ist, herbeigeführt werden. Hier entsteht die Verkehrsgeltung ebenfalls nicht zugunsten des Verlegers, sondern zugunsten desjenigen, der vom Verkehr als Schöpfer angesehen wird.

Die bloße Bearbeitung hat anscheinend mit der Verkehrsgeltung zugunsten des Verletzers nichts zu tun. Man könnte meinen, daß nur der Vervielfältiger und Verbreiter Verletzer sei, nicht schon der Bearbeiter. Richtig ist, daß durch die bloße Bearbeitung noch nicht in die Rechte des Urheberrechtsträgers eingegriffen wird. Die Verletzung kommt erst mit der Vervielfältigung oder Verbreitung zustande. Diese Akte sind dann nach allgemeinen Regeln geeignet, eine Verkehrsgeltung zu erzeugen. Die Verkehrsgeltung kommt aber nicht dem Verbreiter als solchem, sondern dem Bearbeiter zugute, da die Verbreitungstätigkeit auf diesen hinweist. Dieser personelle Auseinanderfall von Verletzer und Träger der Verkehrsgeltung ist aber bei näherer Betrachtung nicht vorhanden. Der Bearbeiter, dessen Werk durch unberechtigte Vervielfältigung und Verbreitung Verkehrsgeltung erlangt hat, ist der Veranlasser der Verletzung, er bedient sich nur des Verlegers zur Verwertung und ist daher selbst als Verletzer anzusehen[12]).

Die Verkehrsgeltung erwächst also auch hier für einen Verletzer. Diese Verkehrsgeltung zugunsten des unberechtigten Bearbeiters erstreckt ihre Wirkungen auf den Verleger. Der Bear-

9) GRUR 1926, 303.

10) Wie Plagiator, unberechtigter Benutzer, wie z. B. Bearbeiter, der das Zitatrecht Überschreitende; vgl. oben I b *a* und *β*, S. 12 ff.

11) Bei der Bearbeitung.

12) Im Operettenführerstreit (RG 129, 252) wurde z. B. sowohl gegen den Verleger als auch gegen den Verfasser auf Unterlassung geklagt.

beiter erlangt durch die Verkehrsgeltung eine besondere Besitzstellung zum verletzten Gut. Die von ihm vorgenommene Rechtsübertragung betrifft den Rechtsbesitz. Der Verleger gelangt, sobald beim Bearbeiter Besitz entsteht, in diese Besitzlage seines Rechtsurhebers[13]). Die für den Bearbeiter entstehende Verkehrsgeltung kommt auch dem Verbreiter zugute.

2) Der Verbreiter, der eine geistige Beziehung zu dem Werk des Urhebers nicht in Anspruch nimmt, tritt immerhin bei den das Werk verkörpernden Exemplaren in selbständige Erscheinung. So wird der Verleger meist neben dem Autor genannt. Sein Name oder die Aufmachung, mit der er die bei ihm verlegten Werke ausliefert, wird oft bekannt sein und auch Verkehrsgeltung haben. So weist also das Buch auf den Verleger hin. Dieser Hinweis ist aber nicht so aufzufassen, daß durch ihn die Herkunft der körperlichen Exemplare angezeigt wird. Diese stammen ja nicht vom Verleger, sondern vom Buchdrucker, Buchbinder und anderen. Wenn der Verlagsbetrieb auch oftmals diese Betriebe mit umfaßt, so muß zwischen diesen und dem Verlage streng unterschieden werden. Der Hinweis auf den Verlag besagt vielmehr, daß das Werk mit dem Verlage in verlagsbuchhändlerischem Zusammenhang steht[14]).

Hier bekommt also nicht das Werk Verkehrsgeltung zugunsten des Verlegers. Diese Verkehrsgeltung hinsichtlich des Werks entsteht zugunsten des Urhebers[15]) oder zugunsten eines Unberechtigten, der im Verkehr als Urheber gilt[16]). Es könnte sich hier nur um die Berechtigung zu der verlegerischen Tätigkeit handeln. In Bezug auf diese kann eine besondere Verkehrsgeltung entstehen, die nicht urheberrechtlichen, sondern wettbewerblichen Charakter hat.

III. a.) So haben wir gesehen, daß eine Verkehrsgeltung im urheberrechtlichen Sinn zugunsten eines Verletzers entstehen kann. Es wird dies aber immer nur ein Ausnahmefall sein. Nur selten wird die Verletzung darin liegen, daß durch Überschreitung des Zitatrechts und dergleichen oder Nicht- oder Falschnennung des Urhebers auf eine andere Person als den wahren Urheber verkehrsmäßig hingewiesen wird. In der Regel besteht die Verletzung in der einfachen unberechtigten Verbreitung. Hier kommt eine urheberrechtliche Verkehrsgeltung zugunsten des Verletzenden nicht in Betracht.

Auch ist zugunsten des Verlegers bzw. Verbreiters eine Verkehrsgeltung des Werkes — etwa in der Art einer Ursprungs-

13) Analog § 185 II β BGB.
14) Vgl. Kohler, Warenzeichenrecht S. 118, III, 4.
15) Vgl oben § 2 I a, S. 11.
16) Vgl. oben § 2 II 1 b, S. 14.

kennzeichnung — nicht möglich. Der dem Urheber vom Gesetz gegebene Schutz wird ihm zuteil, weil ein solcher Schutz ihm allgemeiner Auffassung nach gebührt und nicht, wie früher, dem Drucker. Diese allgemeine Auffassung des Urheberrechts verbietet das Entstehen einer Verkehrsmeinung zugunsten dessen, der mit dem Werk selbst nichts zu tun hat. So konzentriert sich die Verkehrsmeinung einzig allein auf das Werk und damit auf seinen Schöpfer.

b) Die Verkehrsgeltung wettbewerblichen Charakters[17]) könnte vielleicht einen wettbewerblichen Besitzstand zur Folge haben. Ob dies der Fall ist, werden die späteren Erörterungen ergeben[18]). Es ist immerhin denkbar, daß dieser wettbewerbliche Besitzstand dann auch im Urheberrecht dieselben Rechtsfolgen wie im Wettbewerbsrecht hervorrufen kann; wir hätten in ihm dann den urheberrechtlichen Besitzstand gefunden.

c) Nach alledem ist die urheberrechtliche Verkehrsgeltung, wenn man vom Urheber selbst absieht, ein seltener Tatbestand. Dies dürfte den Schluß rechtfertigen, daß der Gesichtspunkt der Verkehrsgeltung nicht die eigentliche Grundlage des Rechtsschutzes eines Urheberrechtsverletzers darstellt, wenn dieser Rechtsschutz an den Besitzstand geknüpft wird. Vielmehr muß versucht werden, die Frage des Besitzstandes nach selbständigen Merkmalen zu prüfen.

§ 3.

Der geschaffene Wert als Kriterium des Besitzstandes.

In den meisten Verwirkungsentscheidungen, die zum Kennzeichenrecht ergangen sind, ist Rede von einem „wertvollen Besitzstand", von dem Bestehen wirtschaftlicher Werte, die durch den Anspruch des Berechtigten vernichtet würden. Diese wirtschaftlichen Werte sind eine Folgeerscheinung der kennzeichenrechtlichen Verkehrsgeltung, und erst ihre Schaffung durch den Verletzenden ergibt das Bedürfnis eines Schutzes. Erreichte der Urheberrechtsverletzter dasselbe oder etwas ähnliches wie der Verletzer des Kennzeichenrechts, so würde diese Wertschaffung die geeignete Grundlage für einen Besitzstand bilden.

I. Ein Kennzeichen kann im Register eingetragen sein oder auch nicht; solange das Zeichen als Defensiv- oder Vorratszeichen unbenutzt ist, kann es einen erfinderischen Wert darstellen. Dieser Wert wird durch den mehr oder weniger großen Schöp-

17) Vgl. oben II, 2, S. 15.
18) Vgl. unten § 3 II, S. 22.

fungsgedanken bestimmt[1]). Das Zeichen wäre damit Träger eines eigenen Wertes, der ihm durch die in ihm verkörperte erfinderische Leistung gegeben wird.

Die spezifisch zeichenrechtliche Funktion wird jedoch nicht durch die erfinderische Leistung bestimmt. Das Wesen des Zeichens besteht in der Herkunftsangabe. Dieser wettbewerbliche Inhalt des Kennzeichens verdrängt die zeichenschöpferische Leistung[2]).

Der wettbewerbliche Wert des Zeichens liegt darin, daß es die Erkennung des Berechtigten ermöglicht und gewährleistet[3]). Dieser Wert ist gesteigert, wenn das Zeichen Verkehrsgeltung erlangt hat. Das zur Verkehrsgeltung gelangte Zeichen ruft bestimmte Vorstellungen im Abnehmerkreis hervor, durch die der Benutzer individualisiert wird[4]). Es bezeichnet den Gewerbebetrieb dessen, dem die Verkehrsgeltung erwachsen ist. Wird eine neue Ware mit dem betreffenden Zeichen versehen, so ist die schon vorhandene Verkehrsgeltung für das Einschlagen und den Absatz der bezeichneten Ware von größter Bedeutung. Benutzt ein Unberechtigter das Zeichen, so kommt auch ihm die Verkehrsgeltung zugute. Die mit der Verkehrsgeltung verknüpften Qualitätsvorstellungen werden zugunsten seiner mit dem fremden Zeichen versehenen Ware hervorgerufen. Durch die Benutzung des bekannten Zeichens werden die Abnehmer getäuscht und kaufen die vielleicht minderwertige Ware, die sie auf Grund des Zeichens für gut halten. Der Unberechtigte hat, indem er sich das Identitätszeichen zuschreibt, „bewußt oder unbewußt eine fälschliche Individualisierung erreicht"[5]).

So wie der Berechtigte, kann auch ein Unberechtigter durch seine Tätigkeit dem Zeichen Verkehrsgeltung und den mit der Verkehrsgeltung verbundenen Wert verschaffen. Durch diese

---

1) Der Wert kann sich durch die im Laufe der Zeit wechselnde Aufnahmefähigkeit des Publikums für das Zeichen verändern; dies kann hier unbeachtet bleiben.

2) So wurde die von Isay (GRUR 1929, 38) vorgeschlagene Zweiteilung der Zeichen, bei denen entweder „die Funktion der Herkunftsangabe ein notwendiges Merkmal ihres Wesens" bildet oder das Zeichen „eine erfinderische Leistung" verkörpert und damit „Träger eines eigenen Wertes" ist, wobei „die Funktion der Herkunftsangabe immer mehr verblaßt", abgelehnt. Patentrechtliche Begriffe dürfen nicht „auf das von wettbewerblichen Grundsätzen beherrschte Gebiet des Warenzeichenrechts" übertragen werden. (Rosenthal, Urheberrechtliche und patentrechtliche Gesichtspunkte als Fremdkörper im Wettbewerbsrecht; LZ 1929, 586.) Es kommt allein auf die Einstellung des Publikums an.

3) Vgl. Hein, Identität I, S. 43.

4) Vgl oben § 1, III, S. 8 f.

5) Hein, a. a. O. S. 49.

unbefugte Herbeiführung der Verkehrsgeltung eines Zeichens bekommt dieses einen Wert, den es bei der Ingebrauchnahme durch den Verletzer beim Beginne der Verletzungshandlungen, sozusagen bei der Wegnahme, nicht hatte.

War für den Verletzten noch keine Verkehrsgeltung entstanden, so hat das Zeichen mit der für den unberechtigten Benutzer erlangten Verkehrsgeltung einen hierin begründeten Wert bekommen. Hatte es für den Berechtigten schon Verkehrsgeltung, so tritt eine neue Verkehrsgeltung, die zugunsten des Verletzers, hinzu. Hier müssen wir 2 Fälle unterscheiden: Mit dem Erwachsen der neuen Verkehrsgeltung kann eine Umgewöhnung des Verkehrs eintreten, so daß die Verkehrsgeltung des Erstberechtigten zugunsten der des Verletzers verschwindet. Das Zeichen hat dann also wie ein Zeichen, das vor der unberechtigten Benutzung überhaupt noch keine Verkehrsgeltung hatte, einen Wert erlangt, der allein in der zugunsten des Verletzers begründeten Verkehrsgeltung besteht. In diesen beiden gleichliegenden Fällen hat das real wertlose Zeichen — einmal hatte es überhaupt keinen, das andere Mal hatte es seinen Wert verloren — einen Wert bekommen.

Denkbar ist auch, daß die neue Verkehrsgeltung zugunsten des Verletzers unabhängig von der Verkehrsgeltung zugunsten des Erstberechtigten, zum Beispiel in einem anderen Verkehrskreis, entsteht. Alsdann setzt sich der Wert des Zeichens aus beiden nebeneinander stehenden Verkehrsgeltungen zusammen. Hierbei ist aber zu beachten, daß die vom Verletzer in seinem Verkehrskreis geschaffene Verkehrsgeltung den in der vom Berechtigten geschaffenen Verkehrsgeltung liegenden ursprünglichen Wert des Zeichens nicht zu steigern braucht. Versieht z. B. der Verletzer einen billigen Massenartikel mit dem vom Berechtigten in seinem Verkehrskreis nur für hochwertige Qualitätsware benutzten Zeichen, so wird dem Berechtigten die Möglichkeit genommen, dem Zeichen im Verkehrskreis des Verletzers die der Qualität seiner Ware entsprechende Verkehrsgeltung zu geben. Diese Möglichkeit kann einen größeren Wert darstellen als der, den die Verkehrsgeltung zugunsten des Verletzers dem ursprünglichen Zeichenwert hinzufügt. Dann wird der Zeichenwert durch die auf den Massenartikel bezügliche Verkehrsgeltung vermindert.

Die Veränderung der Größe des Zeichenwertes scheidet somit als Kriterium des Besitzstandes aus. Der Wert des Zeichens kann durch die Verkehrsgeltung zugunsten des Verletzers gegenüber dem allein durch die Verkehrsgeltung zugunsten des Berechtigten bestimmten Wert vergrößert oder verkleinert werden. Möglich ist auch, daß beide Verkehrsgeltungen wieder den ur-

sprünglichen Wert ergeben. Da es gleichgültig ist, ob eine Wertänderung des Zeichens vorliegt, so kommt es nicht darauf an, ob und welche Änderungen der Wertgrößen durch einen Urheberrechtsverletzer erfolgen. Der Besitzstand kann also nicht in einem Mehr- oder Minderwert des verletzten Rechtsgutes gegenüber dem Wert desselben vor der Verletzung erblickt werden.

II. a) Im Folgenden wollen wir unter dem Gesichtspunkt der Wertbetrachtung einen Tatbestand, bei dem allgemein ein Besitzstand und damit nach herrschender Ansicht Verwirkung abgelehnt wird, mit dem Falle des Vorliegens eines Besitzstandes vergleichen. Benutzt jemand die Verkehrsgeltung eines fremden Zeichens, um seinen Waren, die mit dem gleichen Zeichen unberechtigterweise versehen sind, den Abnehmerkreis des Berechtigten zu eröffnen, so wird ihm kein Schutz gewährt[6]).

Der Verletzer schafft sich hier also keine eigene Verkehrsgeltung, sondern benutzt die des Berechtigten, um den Irrtum der Abnehmer, die das Zeichen als Hinweis auf den Berechtigten betrachten, zum Absatze seiner Waren zu benutzen. Die Verkehrsgeltung stellt aber, wie wir oben gesehen haben, den Wert des Zeichens dar. Der Verletzer benutzt also einen Wert, der durch die Tätigkeit des Berechtigten entstanden ist, einen fremden Wert. Von einem Besitzstande kann aber nur die Rede sein, wenn der durch die Tätigkeit des Berechtigten etwa geschaffene Wert unberührt bleibt und der Verletzer selbst einen neuen Wert durch die ihm erwachsene Verkehrsgeltung schafft.

In den Fällen, in denen wir von einem Besitzstande sprechen, hat der Verletzer dem Kennzeichen einen neuen Wert gegeben. Dieser Wert liegt nicht darin, daß das Zeichen auf den Berechtigten, sondern darin, daß es auf den Verletzer hinweist. Er liegt nicht in einem Ausbau des von dem Verletzten geschaffenen Wertes, sondern ist ein von diesem „alten" Werte vollständig unabhängiger Wert. Diesen Wert hat der Verletzer dem Berechtigten, als er ihm das Zeichen „wegnahm", nicht auch genommen, denn das Zeichen hatte ja zu dieser Zeit noch nicht diesen Wert; dieser Wert wurde dem Zeichen erst durch den Verletzer gegeben.

So hatte z. B. das Zeichen „Litin" durch die Reklame des Herstellers der hiermit bezeichneten Ware Verkehrsgeltung bekommen, trotzdem das mit ihm verwechslungsfähige Zeichen „Mitin" ebenfalls Verkehrsgeltung hatte. Der dem Inhaber des älteren Zeichens „Mitin" nach dem Prioritätsgrundsatz zu-

6) § 3 UWG. Vgl. u. a. JW 1935, 3157; MUW 1935, 223.

stehende Unterlassungsanspruch konnte nicht durchdringen, weil 2 voneinander unabhängige Verkehrsgeltungen trotz der Verwechslungsgefahr entstanden waren und zur Schaffung des „Litin"-Besitzstandes nicht die „Mitin"-Verkehrsgeltung benutzt worden war[7]).

b) Die soeben für das Kennzeichenrecht hinsichtlich des Besitzstandes entwickelten Grundzüge lassen sich nicht auf das Urheberrecht übertragen. Von einem dem wettbewerblichen Besitzstand entsprechenden urheberrechtlichen Besitzstand könnten wir nur sprechen, wenn der Wertgedanke in demselben Sinne wie beim Kennzeichen auch hier begegnen würde. Es müßte, so wie dem Gegenstand des Kennzeichenrechts, dem Kennzeichen ein neuer Wert gegeben wird, dem Objekt des Urheberrechts auch ein solcher neuer Wert gegeben werden: Das Werk müßte durch die Verletzungshandlungen einen neuen Wert erhalten.

Der Zeichenberechtigte hat einen Wert in Gebrauch, der von ihm aufgebaut worden ist. Der Urheberrechtsträger benutzt ebenfalls einen Wert, der von ihm, oder was gleichzustellen ist, von seinem Rechtsvorgänger geschaffen worden ist.

Der Verletzer eines Kennzeichens hat den auch von ihm selbst geschaffenen neuen Wert, der sich aus dem Hinweis des Zeichens auf s e i n Unternehmen ergibt, in Gebrauch. Der Urheberrechtsverletzer hat das Werk des Urheberrechtsträgers in Benutzung. Er gebraucht n i c h t einen neuen Wert, den er selbst, wie der Zeichenverletzer, geschaffen hat, sondern er benutzt das Werk, einen Wert, der seine Entstehung allein dem Schöpfer verdankt.

Man könnte dem gegenüber einwenden, daß durch die Tätigkeit des Verletzers, insbesondere durch die Veröffentlichung, das Werk einen neuen Wert bekomme, denn der Verletzer mache sich um das Werk verdient. Werk und Urheber würden durch seine Tätigkeit bekannt und geschätzt. Dieser Wert müßte dann doch eigentlich dem Verletzer zugerechnet werden.

Der Verletzer benutzt mit dem Werk einen Wert, der durch den wirtschaftlichen Wert des Werkes vor Beginn der Verletzungen und die Tätigkeit des Verletzers bestimmt wird. Er benutzt nicht einen einheitlichen, von ihm allein geschaffenen Wert, aber auch nicht nur einen allein dem Urheber zuzurechnenden Wert. Grundlage dieses zusammengesetzten Wertes ist das Werk. Ohne das Werk wäre die Verletzertätigkeit unmöglich gewesen. Durch sie tritt eine Wertveränderung des in Benutzung genommenen Wertes ein. Der dem Urheberrechts-

7) RG in JW 1933, 53.

träger in Gestalt der Schöpfung zustehende Wert wird verändert.

Der Verletzer schafft nicht einen ihm allein zuzurechnenden neuen Wert, einen Eigenwert, wie wir dies beim Kennzeichen gesehen haben. Bei diesem benutzt der Verletzer nur selbstgeschaffene Werte, die hinsichtlich des eigenen Betriebes geschaffen worden sind. Wir können beim Kennzeichen vom Besitz eines eigenen Wertes sprechen. Der Urheberrechtsverletzer hat sich in den Besitz eines fremden Gutes gesetzt. Die durch ihn vorgenommene Wertänderung dieses Gutes ist aber, wie wir oben[8]) gesehen haben, für einen Besitzstand unbeachtlich. Sie erzeugt vielleicht obligatorische Ausgleichsansprüche, aber keinen eigenen Besitzstand. Der Verbreiter hat sich in Fremdbesitz gesetzt und muß analog §§ 944 ff. BGB ausgleichen. Einen Besitzstand im Sinne des Besitzes an einem vom Verletzer geschaffenen Eigenwert, wie er im Falle des wettbewerblichen Besitzstandes vorliegt, gibt es im Urheberrecht grundsätzlich nicht.

Nun kann es möglich sein, daß der Wert dessen, was der Verletzer der Rechtssphäre des Urhebers entnimmt, gering ist, ja, daß ein wirtschaftlicher Wert beim Urheber praktisch nicht vorhanden ist. Gelingt es einem besonders tüchtigen Verleger, einem solchen an sich wertlosen urheberrechtlich geschützten Werk trotzdem einen großen wirtschaftlichen Erfolg durch seine unberechtigte Tätigkeit zu bereiten, so werden wir von einem Besitzstand sprechen können. Hier hat der Verletzer nicht einen Wert vergrößert, denn das „Weggenommene" hatte ja keinen Wert. Er hat durch seine Tätigkeit einen neuen Wert geschaffen, der ihm zuzurechnen ist.

Diese Fälle werden hinsichtlich eines gesamten Werkes aber kaum praktisch vorkommen. Ein wirtschaftlich wertloses Werk wird auch nicht durch besondere Anstrengungen des Verlegers allein, also insbesondere Reklame, zu einem Erfolge gelangen. Wenn es sich aber nur um ein geringfügiges Werk, ein unerlaubtes Zitat, eine Bearbeitung oder um eine Schilderung des Werkes mit alltäglichen Worten, an der der Verletzer selbst kein Urheberrecht besitzt, handelt, ist die Schaffung eines Eigenwertes wohl vorstellbar. Wird dieses „Weggenommene" in einer Weise benutzt, die ihm durch den Zusammenhang, in dem es gebraucht wird, einen Wert gibt, so wird man sagen können, daß der Verletzer einen selbstgeschaffenen Wert benutzt[9]).

8) § 3 I a. E. S. 18 f.
9) z. B.: Ein Schlagerkomponist veröffentlicht unberechtigt mit der Komposition den an sich wertlosen Schlagertext.

Jedoch werden dies nur selten vorkommende Ausnahmen sein. Wir neigen dazu, den Operettenführerstreit[10]) als eine solche Ausnahme anzusehen. Die Handlungsschilderungen in den Operettenführern bekommen erst ihren Wert durch die Zugehörigkeit zu der Sammlung; die einzelne Schilderung wäre wertlos.

In der Regel besteht also für den Benutzer des fremden Werkes kein Eigenwert. Er hat keinen urheberrechtlichen Besitzstand. Damit müßte nach herrschender Ansicht[11]) die Folgerung gezogen werden, daß es im Urheberrecht nur in den obigen Ausnahmefällen eine Verwirkung gibt, denn regelmäßig fehlt eine ihrer Voraussetzungen, der Besitzstand.

Mit unseren Ausführungen deckt sich die Ansicht des Kammergerichts. Dieses lehnt in der teilweise in RG 139, 327 veröffentlichten Berufungsentscheidung einen Besitzstand und Verwirkung ab: „Die Bilder und Zeichnungen von Wilhelm Busch tragen einen hohen künstlerischen Wert in sich selber und waren schon vor der Verbreitung in dem streitigen „Kleinen Wilhelm-Busch-Album" in weiten Kreisen bekannt und beliebt."[12]) Durch die Tätigkeit des Verlegers konnte den Werken kein neuer Wert beigelegt werden. Demgemäß wurde der Schutz des verletzenden Verlegers mit Recht abgelehnt. Das RG hob allerdings die Entscheidung auf und gewährte dem Verletzer Schutz. Eine Begründung gibt es indessen nicht.

Was das RG als Besitzstand bezeichnet, ist kein Analogon zum wettbewerblichen Besitzstande. Aus der entwickelten Werttheorie ergibt sich aber auch, daß dem Urheberrechtsverletzer kein echter wettbewerblicher Besitzstand erwachsen ist[13]). Der Urheberrechtsverletzer gibt dem Gegenstand des verletzten Rechts, dem Werk, keinen neuen Wert. Eine Wertschaffung in bezug auf das verletzte Gut ist aber Voraussetzung für den wettbewerblichen Besitzstand[14])[15]).

Es durften daher nicht dieselben Folgerungen wie beim wettbewerblichen Besitzstand gezogen werden[16]), es sei denn, daß sie sich aus anderen Momenten ergeben. Hierüber schweigt das RG. Wir werden also prüfen müssen, ob sich irgendwelche

---

10) RG 129, 252, vgl. oben S. 5 ff.
11) Ohne Besitzstand keine Verwirkung.
12) Nicht veröffentlicht.
13) Dies hatten wir als Folge einer ihm entstandenen Verkehrsgeltung wettbewerblichen Charakters oben § 2, III b, S. 16 für möglich erachtet.
14) Vgl. § 3 II a, S. 19 ff.
15) Vgl. auch unten § 7 II, S. 33.
16) Verwirkung des urheberrechtlichen analog der Verwirkung des wettbewerblichen Unterlassungsanspruchs.

anderen Gesichtspunkte für das Ergebnis des RG beibringen lassen.

§ 4.

Die Möglichkeit des Schutzes eines Urheberrechtsverletzers.

Die Besitzstandlehre haben wir hinsichtlich des Urheberrechts als unhaltbar erkannt. Es ist aber zu prüfen, ob nicht auf anderen Wegen für den Verletzer ein Schutz begründet werden kann. Zu diesem Zweck vergleichen wir die Tatbestände, die bei der Benutzung eines fremden Werks und bei der Benutzung eines fremden Zeichens gegeben sind.

Der Zweck eines Kennzeichens liegt darin, Verkehrsgeltung für den Benutzer zu schaffen. Wenn ein Zeichen seinen Zweck erfüllt, dann kann es nicht zugunsten eines weiteren Benutzers diesen Zweck in demselben Verkehrskreis noch einmal erfüllen. Ist Verkehrsgeltung durch einen Unberechtigten erreicht, so hat das Zeichen des formal Berechtigten keinen Zweck mehr. Mit dem Untergang des Zweckes müßte die Berechtigung des Zeicheninhabers untergehen. Das Recht müßte an dem Punkte und zu der Zeit seine Grenze finden, wo der Zweck unerreichbar geworden ist[1]). Die Erreichung des Zeichenzweckes durch den Verletzer und die hierdurch hervorgerufene Aufhebung des Zweckes einer Benutzung durch den Verletzten geben die Anknüpfung für einen Schutz des Verletzers.

Durch den Urheberrechtsverletzer erfolgt nun anscheinend nicht eine solche Zweckentziehung. Es steht dem Berechtigten nichts im Wege, das Werk auch noch in derselben Weise zu benutzen, wie es der Verletzer getan hat. Denn eine Beeinträchtigung des Verkehrs, wie beim Kennzeichen, dessen mehrfache Benutzung von verschiedenen Unternehmern im Verkehr Verwirrung hervorrufen würde, erfolgt nicht. Im Gegenteil käme es dem Verkehr vielleicht zustatten, wenn auch der Berechtigte noch das Werk in derselben Weise nutzen würde, denn das Exemplar würde wahrscheinlich aus Konkurrenzgründen eine bessere Ausstattung erfahren oder billiger sein. Eine solche erneute Nutzung ist aber praktisch zwecklos. In der Regel hat der Verletzer es verstanden, die Aufmerksamkeit auf sich zu lenken. Der Verletzer hat damit den wirtschaftlichen Wert des Werkes ausgenutzt. Er ist der Ausnutzung durch den Berechtigten zuvorgekommen. Betrachtet man den wirtschaftlichen Wert des Werkes als seinen Hauptzweck, so würde durch den Verletzer auch hier eine Zweckerfüllung stattfinden. Andererseits wäre gegenüber dem Urheber eine Zweckvereitelung gegeben.

1) Vgl. Müller, Ufita 1934, 398.

Diese Anschauung muß indessen als individualistisch abgelehnt werden. Jede Schöpfung soll der Volksgemeinschaft dienen und darin ihren eigentlichen Zweck finden. Hat der Urheberrechtsverletzer den Gegenstand der Verletzung veröffentlicht und verbreitet, so kann vom Volk der Nutzen gezogen werden. Die Bestimmung des Werkes, der Volksgemeinschaft zu dienen, ist erfüllt worden. Eine weitere Veröffentlichung wäre überflüssig. Der Zweck des Werkes würde durch die Tätigkeit des Verletzers erreicht. Diese Tätigkeit ist insofern schutzfähig und vielleicht sogar schutzwürdig. So scheint also ein Schutz des Urheberrechtsverletzers sehr gut möglich zu sein.

Kommen wir auf diesem Wege zu einem solchen Schutz, so dürfen wir die auf Seiten des Verletzers liegenden Voraussetzungen dieses Schutzes als urheberrechtlichen Besitzstand bezeichnen. Dies soll dann auch im folgenden geschehen. Wir sind uns aber darüber klar, daß dieser urheberrechtliche Besitzstand nicht dem wettbewerblichen Besitzstand entspricht. Für den wettbewerblichen Besitzstand ist die Schaffung eines neuen Wertes in bezug auf den Gegenstand des Rechts wesentlich. Diese Wertschaffung fehlt im Urheberrecht, weil hier nur eine wirtschaftliche Ausnutzung des Werkes stattfindet, die hinsichtlich des Werkes keinen neuen Wert schafft.

§ 5.

Arbeitserfolg und Rechtsverwirklichung als Kriterien des Besitzstandes.

Im Kennzeichenrecht wird als Besitzstand der Zustand geschützt, den der Verletzer für sich herbeigeführt hat, nämlich die erreichte Verkehrsgeltung. Im Urheberrecht tritt eine solche Verkehrsgeltung für den Verletzer nicht ein, da die Tätigkeit des Verletzers dem Urheber zugute kommt. Es kommt aber in Frage, ob für das Urheberrecht zugunsten des Verletzers die Erreichung eines weniger weitgehenden Zieles dieselben Rechtsfolgen wie der Verkehrsschutz des Kennzeichenrechts nach sich zieht. Dieses Ziel müßte ebenso wie die Verkehrsgeltung ein markanter Punkt sein, der sich als eine Festigung der Beziehungen des Verletzers zum verletzten Gut darstellt und einen gewissen Schlußstein dieser Beziehung bildet.

Sind die für die Entstehung eines Besitzstandes zu erreichenden Ziele in beiden Gebieten verschieden, so muß doch der Weg, der zu ihnen führt, derselbe sein, wenn es sich überhaupt um einen für beide Rechtsgebiete hinsichtlich der Rechtsfolgen einheitlichen Rechtsbegriff handeln soll.

I. Ein Kennzeichen kann seine ihm eigentümliche Bestimmung, die Verkehrsgeltung, nicht aus sich selbst heraus erlangen. Das Zeichen wird nicht in seiner eigentümlichen Bestimmung schon deshalb Verkehrsanerkennung bekommen, weil es besonders einprägsam ist oder dem Publikum besonders gefällt. Es wird bekannt und erlangt Geltung als Zeichen, weil es in einem Zusammenhang gebraucht wird, der es als einem bestimmten Unternehmen zugehörig erscheinen läßt, weil hinter ihm der Unternehmer steht, dessen Arbeit erst die Durchsetzung im Verkehr und die Anerkennung ermöglicht. Grund der Verkehrsgeltung ist also die Arbeit des Unternehmers: Mag diese sich durch besonders gute Qualität, Billigkeit, Reklame oder dergleichen äußern. Nicht die Verkehrsgeltung ist also der Ursprung für einen Besitzstand, sondern die Arbeit des Unternehmers, denn die Geltung ist erst das Spiegelbild der Arbeit, ist erst ihr Erfolg.

Man könnte demnach meinen, daß der Rechtsschutz an die Arbeit als solche anzuknüpfen habe. Das RG hat indessen im Kennzeichenrecht das Vorliegen eines Besitzstandes nicht unmittelbar auf die Arbeit des Unternehmers gegründet, sondern auf die hierdurch bewirkte Verkehrsgeltung. Auch im Urheberrecht können Arbeit, Mühe und Kosten des Urheberrechtsverletzers zur Begründung eines Besitzstandes nicht ausreichen. Die „leichtherzige Statuierung eines Schutzrechts für Mühe und Arbeit" ist abzulehnen[1]). Mag jemand noch so viel Mühe und Kosten aufwenden, die Arbeit ist umsonst und erregt nur Mitleid, wenn sie nicht mit einem Erfolg verbunden ist. Ein Besitzstand muß also in einem Zustand bestehen, der einen Erfolg der Arbeit des Verletzers darstellt. Die aufgewendete Arbeit als solche kann einen Schutz des Verletzers niemals rechtfertigen. Siebert[2]) verkennt dies, wenn er schreibt: „Die schutzwürdige Lage des Beklagten muß hier aus anderen, zum Teil ähnlichen Umständen festgestellt werden, z. B. daraus, daß er Mühe und Kosten aufgewendet hat."

Sehen wir für das Kennzeichenrecht in der Verkehrsgeltung den Erfolg der Arbeit des Kennzeichenverletzers, so muß der Verletzer eines Urheberrechts einen der Verkehrsgeltung im Urheberrecht entsprechenden E r f o l g seiner Arbeit erreichen. Nur in einem Arbeits e r f o l g könnte ein Besitzstand erblickt werden. Wenn Siebert die Verwirkung nur auf aufgewendete Arbeit und Mühe stützen will und auf den Arbeitserfolg verzichtet, so läßt er damit in Wahrheit den Begriff des Besitzstandes fallen. Der durch den Erfolgsbegriff gebildete feste

1) Vgl. Elster, Jur. Rsch. 1933, 69.
2) S. 217.

Maßstab für die Beurteilung ginge verloren und eine im Ergebnis fragwürdige Behandlung einzelner Fälle würde die Folge sein[3]).

II. Den für den Besitzstand an einem Kennzeichen maßgebenden Arbeitserfolg stellt die Verkehrsgeltung dar. Ist das Ziel der Arbeit und Mühen, eben die Verkehrsgeltung, erreicht, so liegt ein Arbeitserfolg vor, der Schutz verdient. Nicht die Verletzungshandlungen oder Arbeit, Mühen und Kosten erheischen den Schutz, sondern die Lage, der Zustand, den der Verletzer als Ergebnis seiner Arbeit erreicht hat[4]).

Hätte dem Verletzer das verletzte Rechtsgut zugestanden, so hätte er durch intensivste Ausnutzung des Rechts einen bestimmten Zustand im Verkehr erreichen können, der den höchst erreichbaren Erfolg seiner Tätigkeit darstellt. Damit hätte er den Zweck seines Rechtes erfüllt; er hätte sein Recht voll ausgenutzt, verwirklicht. Diese Rechtsverwirklichung ist also nicht schon in der Benutzung als solcher zu sehen, sondern erst in dem aus dem Zeichengebrauch fließenden Ergebnis. Die Verkehrsgeltung stellt also eine Form der Rechtsverwirklichung dar.

III. So wie für das Kennzeichenrecht das Bestehen einer Form der Rechtsverwirklichung den Besitzstand ausmacht, so müßte auch eine Form der Rechtsverwirklichung durch den Urheberrechtsverletzer für dessen Schutz von Bedeutung sein. Für das Kennzeichenrecht hat das RG die Verkehrsgeltung als Form der Rechtsverwirklichung ausgebildet. Für das Urheberrecht besteht ein solcher einheitlicher Begriff der Rechtsverwirklichung nicht. Das RG zählt vielmehr mehrere Begriffe, die für eine Rechtsverwirklichung eines Urheberrechts maßgebend sind, auf, ohne damit zu sagen, daß alle für einen Schutz des Verletzers erforderlich sind. Das Buch ist auf dem Markt geblieben, angezeigt, ausgelegt, bestellt, verkauft und gelesen worden[5]). Diese für einen Schutz des Verletzers erforderlichen Momente stellen das Ziel dar, das der Verkehrsgeltung, dem Ziel des Kennzeichenrechts, entspricht.

Ein urheberrechtlicher Besitzstand ist entstanden, wenn der Urheberrechtsverletzer sich in bezug auf das verletzte Werk in

3) Siebert will sogar ganz auf den Besitzstand verzichten. Er will allein auf Grund gerechter „Interessenabwägungen auch ohne einen Besitzstand des Verletzers zur Bejahung einer Verwirkung gelangen . . ." (Anm. zum „Litin" - „Mitin - Urteil, JW 1933, 54) Hiergegen Schumann, GRUR 1933 95: „. . . . der Verwirkungseifer geht bei Siebert so weit, daß er nicht einmal mehr einen Besitzstand fordert, sondern sich mit „langem" Abwarten begnügt".

4) Frank sagt S. 40: „Der Unterlassungsanspruch ist verwirkt, wenn der Angreifer eine schutzwürdige Lage erlangt hat".

5) RG 139, 327.

den Mittelpunkt des Verkehrs gestellt hat, sei es für das Gesamtgebiet der Verbreitung des Werkes oder für ein Teilgebiet[6]). Er hat den Zustand erreicht, den der Berechtigte auch nur hätte erreichen können. Die unbefugte Erreichung des Zustandes bedeutet einen Besitzstand.

IV. Für den urheberrechtlichen Besitzstand kann nun aber nicht gefordert werden, daß der Verletzer das ihm eigentlich nicht zustehende Recht vollständig verwirklicht hat. Auch im Kennzeichenrecht wird dies nicht verlangt. Es ist also festzustellen, wo die Grenze liegt, unter der ein Besitzstand noch nicht vorliegt. Von einer Rechtsverwirklichung kann, wie wir gesehen haben, nur gesprochen werden, soweit ein Erfolg der die Verletzungshandlungen begleitenden Arbeit und Mühen vorliegt. Will man feststellen, ob ein Erfolg vorhanden ist, so muß man die Kreise betrachten, bei denen der Erfolg errungen werden soll.

Der Erfolg wird in den beteiligten Verkehrskreisen angestrebt. Ob der Urheberrechtsverletzer einen Zustand erlangt hat, der einen Erfolg seiner die Urheberrechte des Berechtigten verletzenden Arbeit und Mühen und damit eine Verwirklichung des ihm nicht zustehenden Rechts darstellt, ist also aus der Einstellung des Verkehrs zu ersehen. Von einer solchen, seinen Erfolg kennzeichnenden Einstellung des Verkehrs kann noch nicht gesprochen werden, wenn vom Verletzer nur erst auf die beteiligten Verkehrskreise eingewirkt wird. Ein Erfolg ist erst vorhanden, wenn der Verletzer in erheblichen Kreisen des Verkehrs bekannt geworden ist, diese Kreise sich mit dem in Frage stehenden Gegenstand befassen und ihre Kenntnis dazu benutzen, durch den Verletzer in den Genuß des Werkes zu gelangen. Sobald dies geschah, kann auch für das Urheberrecht von einem „zur Verkehrsgeltung gelangten Besitzstand"[7]), von einem Verkehrsbesitzstand gesprochen werden.

Dieser urheberrechtliche Verkehrsbesitzstand entspricht insofern dem wettbewerblichen Besitzstand, als auch er einen vom Verletzer geschaffenen besonderen Zustand bezeichnet, mit dessen Erreichung die Beziehung des Verletzers zum verletzten Gut gefestigt ist. Der urheberrechtliche Besitzstand ist aber dem sich aus der kennzeichenrechtlichen Verkehrsgeltung ergebenden Besitzstand nicht gleichzusetzen. Aus der Wert-

6) Es handelt sich hierbei nicht um Verkehrsgeltung. Diese läge vor, wenn dem Verletzer das Werk zugerechnet würde. In der Regel erwächst dem Verletzer durch die blossen Verletzungshandlungen noch keine Verkehrsgeltung. Vgl. oben § 2 III a, S. 15. Gegebenenfalls würde Verkehrsgeltung für den urheberrechtlichen Besitzstand nicht ausreichen.

7) RG 144, 106.

theorie[8]) ergab sich, daß es im Urheberrecht einen Zustand, der dem vom Zeichenverletzer geschaffenen gleichartig ist, grundsätzlich nicht geben kann. Auf Grund des vom Urheberrechtsverletzer erreichten Zustandes können also nicht mit Hilfe der Analogie ähnliche Rechtsfolgen hergeleitet werden, wie im Wettbewerbsrecht. Dieser hier entwickelte und trotz seiner Verschiedenheit vom wettbewerblichen Besitzstand diesem gleich benannte urheberrechtliche Besitzstand könnte nur die selbständige Grundlage für einen dem Urheberrechtsverletzer zu gewährenden Schutz sein.

8) Vgl. § 3 II, S. 19 ff.

II. Teil.

Die Schutzwürdigkeit des urheberrechtlichen Besitzstandes.

§ 6.

Der urheberrechtliche Schutz des Besitzstandes.

I. Das Urheberrechtsgesetz gibt dem Besitzstandschafter ausdrücklich weder Schutz gegenüber dem Urheberrechtsträger, dessen Recht durch die dem Besitzstand zugrunde liegende Verletzung beeinträchtigt wird, noch Rechte gegen Dritte, die in seinen Besitzstand eingreifen. Es ist zu prüfen, ob nicht trotzdem der Besitzstandschafter urheberrechtlichen Schutz erfahren kann. Dabei ist zunächst klarzustellen, für welche Eingriffstatbestände dieser Schutz in Frage kommt.

Der Verletzer kann eine urheberrechtlich bedeutsame Veränderung des Werkes, eine Bearbeitung, verbreiten. Stehen ihm die sich aus der Bearbeitung ergebenden Urheberrechte zu, so kann er auf Grund dieser sekundären Urheberrechte vom Träger des primären Urheberrechts[1]) und von Dritten Unterlassung jeder urheberrechtlich unzulässigen Benutzung der Bearbeitung verlangen[2]). Diese Rechte hat der Träger des sekundären Urheberrechts ohne Rücksicht auf das Vorliegen eines Besitzstandes. Hat er einen Besitzstand, so kommt der für das sekundäre Urheberrecht stattfindende Schutz auch dem Besitzstand zugute. Der Besitzstand eines verletzenden Bearbeitungs-Urheberrechtsträgers erfährt mittelbar Schutz gegen unbefugte Nutzung der Bearbeitung durch den Träger des primären Urheberrechts und durch Dritte.

Für unsere Untersuchung bleiben diese Sonderfälle, daß der Besitzstandschafter auch eigene urheberrechtliche Befugnisse sekundärer Natur hat, außer Betracht. Gewiß können sich diese sekundären Urheberrechte mit dem Besitzstand am pri-

1) Berechtigter des der Bearbeitung zugrunde liegenden Werks.
2) Zulässig wäre z. B. Zitat, eigentümliche Schöpfung; unzulässig eine Bearbeitung der Bearbeitung.

mären Werk verknüpfen. Der Schutz gilt aber dann dem sekundären Urheberrecht und nicht dem eigentlichen Besitzstand. Der urheberrechtliche Besitzstand als solcher stellt kein Urheberrecht dar, denn es ist keine geistig schöpferische Arbeit geleistet worden. Der Besitzstandschutz als solcher kommt also nur in Betracht, wenn der Verletzer keine das verletzte Geistesgut betreffenden Urheberrechte sekundärer Natur hat.

Der Verletzer kann das dem Urheberrechtsträger unbefugt genommene Werk ohne urheberrechtlich bedeutsame Veränderungen veröffentlichen. Da er keine geistig schöpferische Arbeit geleistet hat, genießt er nach dem Text des Gesetzes trotz eines ihm erwachsenen Besitzstandes keinen Schutz. Ein solcher Verletzer und Besitzstandschafter kann sich weder gegen den Unterlassungsanspruch des Urheberrechtsträgers zur Wehr setzen, noch kann er dem Urheberrechtsträger verbieten, sein Urheberrecht in gleicher Weise, wie es durch den Verletzer geschehen ist, zu nutzen. Er hat aber auch keine Ansprüche gegen Dritte, die ebenfalls, wie er — sei es berechtigt oder unberechtigt — das Werk benutzen.

II. Bevor die Rechte des Besitzstandschafters gegen Dritte, die in den Bereich des Besitzstandes eingreifen, untersucht werden, ist die Schutzwürdigkeit gegenüber dem Urheber zu prüfen. Wenn ein solcher Schutz besteht, so ist damit ein rechtliches Verhältnis zwischen Urheber und Besitzstandschafter gegeben. Bei der Verletzung des Urheberrechts durch den Besitzstandschafter sind 2 Fälle zu scheiden. Die Verletzung kann ohne Wissen des Urheberrechtsträgers geschehen sein oder sie ist von diesem ausdrücklich oder stillschweigend geduldet worden. Für die Stellung gegen Dritte hat möglicherweie der zweite Fall eine Stärkung des Verletzers zur Folge. Es ist zu prüfen, ob nicht bei geduldeter Verletzung der Besitzstandschafter eine Rechtsstellung einnimmt, die derjenigen eines Rechtsnachfolgers des Urheberrechtsträgers gleicht. Dann könnte der Besitzstandschafter gegen Dritte, die seine Rechte beeinträchtigen, mit Mitteln des Urheberrechts vorgehen.

Der Schutz gegenüber dem Urheberrechtsträger könnte sich z. B. aus dem Gesichtspunkt der Verwirkung ergeben. Es ist ferner denkbar, daß man Ersitzung und Verarbeitung des Sachenrechts auf den Besitzstand anzuwenden versucht. Weiter soll geprüft werden, ob sich der Besitzstand mit Hilfe des Gewohnheitsrechts klären läßt.

§ 7.

Besitzstand und Verwirkung.

I. Der Schutz des Urheberrechtsverletzers soll sich nach herrschender Ansicht aus dem Rechtsbegriff der Verwirkung er-

geben. Man sagt, der Berechtigte habe seinen Anspruch verwirkt, d. h. der an sich bestehende Unterlassungsanspruch sei durch besondere Umstände, zu denen auch ein Besitzstand gehöre, in der Weise beeinflußt, daß er gegen den Urheberrechtsverletzer nicht mehr durchgesetzt werden könne. Zur Begründung wird auf den Grundsatz von Treu und Glauben verwiesen.

Die Verwirkung wurde für bestimmte außerurheberrechtliche Gebiete entwickelt. Will man den Verwirkungsgedanken auch im Urheberrecht anwenden, so ist erste Voraussetzung hierfür, daß ein Bedürfnis für die Einführung einer neuen Rechtsgestaltung wirklich besteht.

Im Aufwertungs-, Arbeits- und Wettbewerbsrecht hat sich die Verwirkung durchgesetzt, denn man glaubt, daß ohne sie eine Begründung der für „richtig" gehaltenen Entscheidungen unmöglich sei. Im Urheberrecht lägen dieselben Bedürfnisse vor, wie in den Rechtsgebieten, in denen die Verwirkung sich durchgesetzt hat. Hier wie dort ergäbe sich die Notwendigkeit, in den Fällen illoyal verspäteter Geltendmachung des Rechtes „eine den besonderen Umständen des einzelnen Falles gerecht werdende Lösung zu finden, um eine sonst notwendige, aber unbillig wirkende Entscheidung zu vermeiden", denn auch im Urheberrecht werde eine Lücke im „System der Rechtsendigungs- und Rechtsminderungsgründe, insbesondere in dem starren System der Wirkungen des Zeitablaufs" empfunden[1]). Die durch dieses System, durch die Verjährung und durch die Ausschlußfristen gegebene Rechtssicherheit sei nicht lückenlos: die Ansprüche, die aus einer ständig fortdauernden Verletzung der Urheberrechte entspringen, seien praktisch unverjährbar[2]). Selbstverständlich unterliegt der einzelne, z. B. aus einer unbefugten Verbreitung sich ergebende Anspruch der Verjährung. Aber da dieselben Verletzungshandlungen dauernd wiederholt werden, entständen immer neue gleiche Unterlassungsansprüche, deren jeder den Lauf einer neuen Verjährungsfrist zur Folge habe. Erst wenn die Reihe der Verletzungshandlungen abgeschlossen sei, käme eine Verjährung in Betracht. Da ein Unterlassungsanspruch aber nur gestellt wird, wenn Verletzungen noch vorliegen und weiter zu befürchten sind, so ist dieser Anspruch zur Zeit seiner Geltendmachung niemals verjährt. Die Verjährung könne praktisch niemals geltend gemacht werden.

Ebenso wie in den anderen Rechtsgebieten werde im Urheberrecht die illoyal verspätete Anspruchsgeltendmachung als unbillig empfunden. Wenn jemand 20 Jahre lang ein Werk in einer das Zitatrecht überschreitenden Weise für das von ihm

1) Siebert S. 25.
2) Vgl. Krause in DJZ 1934, 1511.

herausgegebene und dauernd im Verkehr befindliche Buch benutzt habe, so sei es unbillig, wenn jetzt, 20 Jahre nach der ersten Verletzung, der Urheber Unterlassung fordere.

Dieser Unbilligkeit glaubt man Rechnung tragen zu müssen. Da die Verjährungseinrichtung das Bedürfnis nach einer durch Zeitablauf eintretenden rechtlichen Ruhe im Urheberrecht nicht befriedige, sucht das RG diesem Bedürfnis dadurch zu entsprechen, daß es den Gedanken der Verwirkung auf das Urheberrecht überträgt. Es vermeidet aber in den urheberrechtlichen Entscheidungen, seine Ansicht zu begründen. Die Verwirkung urheberrechtlicher Befugnisse wird nicht aus dem das gesamte Recht, also auch das Urheberrecht, umfassenden Gedanken von Treu und Glauben unmittelbar gefolgert. Vielmehr wird auf die Verwirkung wettbewerblicher Befugnisse verwiesen. Im Wettbewerbsrecht ist Voraussetzung der Verwirkung ein Besitzstand. Das RG spricht auch in den urheberrechtlichen Fällen von einem Besitzstand. Es bleibt aber zweifelhaft, ob es hier einen wettbewerblichen Besitzstand als gegeben ansieht oder nur einen dem wettbewerblichen Besitzstand analog zu behandelnden Zustand.

II. Nimmt man den wettbewerblichen Besitzstand an[3]), so ließe sich die urheberrechtliche Verwirkung folgendermaßen begründen: Grundlage des urheberrechtlichen Unterlassungsanspruchs sei der Wettbewerb zwischen Urheberrechtsträger und Verletzer. Aus einer Betrachtung der vielfältigen urheberrechtlichen Unterlassungsansprüche ist gefolgert worden, daß die Ausübung des Urheberrechts eine Wettbewerbslage zwischen Urheber und Benutzer voraussetze[4]). Hauptsächlicher Bestandteil des urheberrechtlichen Anspruchs sei ein immanenter wettbewerblicher Anspruch[5]). Da aber nach langjähriger Duldung und bei Vorliegen eines Besitzstandes der wettbewerbliche Anspruch verwirkt sei, so wäre mit ihm auch der urheberrechtliche Anspruch verwirkt[6])[7]). Der Schutz des Urheberrechtsverletzers könnte sich somit bei Annahme eines wettbewerblichen Besitzstandes aus der wettbewerblichen Verwirkung ergeben.

Für das Wettbewerbsrecht mag die Einrichtung der Verwirkung infolge des besonderen Wesens dieses Gebietes anerkannt werden[8]). Die Anwendung der wettbewerblichen Verwirkung kommt für das Urheberrecht nur insoweit in Betracht, als das

3) Vgl. oben § 2 II, 2 und III, b. S. 15 f.
4) Vgl. Elster in GRUR 1926, 493.
5) Hiergegen Weigert, Ufita 1928, 419.
6) a. A. Elster, Ufita 1934, 66.
7) Vgl. auch Pinzger, Ufita 1930, 281.
8) Vgl. Mäcke S. 26 ff.

Urheberrecht wettbewerbliche Bestandteile enthält. Es kann hier nicht darauf eingegangen werden, inwieweit urheberrechtliche Tatbestände vom Boden des Wettbewerbsrechts her betrachtet werden dürfen. Für eine ganze Reihe von urheberrechtlichen Tatbeständen kommt das Wettbewerbsrecht überhaupt nicht in Betracht. Hat ein Urheber seine Werke, z. B. Briefe nicht veröffentlicht, so finden nur persönlichkeitsrechtliche Ansprüche gegen einen unberechtigten Verletzer der Geheimsphäre des Urhebers statt. Ebenso verhält es sich bei der Änderung eines Werks durch einen Verbreiter. Diese Fälle tragen keinen wettbewerblichen Charakter. Sie können also mit Hilfe der wettbewerblichen Verwirkung nicht gelöst werden.

Auf Grund unserer Betrachtungen über den Besitzstand hat die wettbewerbliche Verwirkung im Gebiete des Urheberrechts auch in den Fällen, in denen eine Wettbewerbslage zwischen Urheberrechtsträger und Verletzer gegeben ist, grundsätzlich auszuscheiden. Voraussetzung der wettbewerblichen Verwirkung ist ein wettbewerblicher Besitzstand. Soll von diesem die Rede sein, so muß eine Wertschaffung hinsichtlich des verletzten Gegenstandes durch den Verletzer stattgefunden haben[9]). Der Urheberrechtsverletzer gibt dem verletzten Werk in den meisten in Betracht zu ziehenden Fällen keinen neuen Wert[10]). Ein wettbewerblicher Besitzstand ist also nicht gegeben, und Verwirkung ist abzulehnen. Nur in wenigen Ausnahmefällen kann von einem wettbewerblichen Besitzstand gesprochen werden[11]). Für sie käme Verwirkung in Betracht und der Verletzer könnte aus diesem Gesichtspunkt geschützt sein. Die Billigkeit verlangt aber auch für die viel häufigeren Fälle, in denen der wettbewerbliche Besitzstand fehlt, einen Schutz des Verletzers.

Eine einheitliche Lösung der urheberrechtlichen Fälle ist also nur denkbar, wenn wir uns mit der urheberrechtlichen Stellung des Verletzers als solcher befassen. Aus ihr muß die Schutzwürdigkeit des Urheberrechtsverletzers geklärt werden. Gelingt dies, so scheidet die wettbewerbliche Verwirkung im Gebiete des Urheberrechts aus.

Auch eine dem wettbewerblichen Besitzstand analoge urheberrechtliche Lage ist nicht vorhanden. Die Übertragung der Verwirkungsfolge ist mangels Ähnlichkeit der Tatbestände — dort Werttatbestand, hier Arbeitserfolgzustand — nicht zulässig.

9) § 3 II, a, insbesondere S. 19 f.
10) § 3 II, b, insbesondere S. 20.
11) § 3 II, b, S. 21 f.

III. Die Ablehnung der Analogiebegründung bedeutet noch nicht, daß der Verwirkungsgedanke nicht vielleicht unmittelbar auf den urheberrechtlichen Besitzstand angewandt werden könnte. Verwirkung bedeutet, daß der Gesamttatbestand der Verletzungshandlung, des Besitzstandes, der Duldung und des Zeitablaufs als Ganzes erfaßt wird. Es wird geprüft, ob bei einer derartigen Sachlage das Vorgehen des Urheberrechtsträgers illoyal erscheint. Damit wird für die Entscheidung auf die Gerechtigkeitsidee zurückgegriffen. Diese Methode ist mangels einer ausdrücklichen Verweisung nur zulässig, wenn das gesamte Recht eine Lücke aufweist. Es muß also geprüft werden, ob es nicht möglich ist, auf technischem Wege, durch Anwendung des geformten Rechts, den erstrebten Schutz zu gewähren.

Zu diesem Zweck ist von den einzelnen für die Verwirkung in Frage kommenden Tatbestandsmerkmalen, insbesondere dem Besitzstand, auszugehen. Wenn auf ihrer Grundlage dem Verletzer ein Schutz gewährt werden kann, braucht man nicht den Umweg über die Verwirkung zu gehen. Es besteht dann für diesen Behelf kein methodisches Bedürfnis. Er wäre als überflüssig und damit falsch zu verwerfen.

Aus dem Begriff der Verwirkung ergibt sich mittelbar ein Schutz des Urheberrechtsverletzers, indem man dem Urheberrechtsträger die Möglichkeit nimmt, seinen Unterlassungsanspruch durchzusetzen. Eine andere konstruktive Lage ergibt sich, wenn man davon ausgehen kann, daß ein Unterlassungsanspruch gar nicht entstanden ist. Alsdann bedarf es keiner Erwägungen, ob und wie der Anspruch wieder unwirksam gemacht werden kann. Ein Anspruch ist nicht entstanden, wenn keine Verletzung vorliegt. Die Vervielfältigung und Verbreitung durch einen anderen als den Urheberrechtsträger stellt grundsätzlich eine Verletzung dar. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn der anscheinend Verletzende ein Recht zu seinen Vervielfältigungs- und Verbreitungshandlungen hat. Ein rechtsgeschäftlicher Erwerb dieses Rechts vom Urheberrechtsträger kommt nicht in Frage. Hierzu wäre ein Tätigwerden des Urheberrechtsträgers erforderlich. Dieser bleibt aber untätig bis zur Geltendmachung des Anspruches. Ein Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung kann ohne Mitwirkung des Urheberrechtsträgers durch einen Hoheitsakt zur Entstehung gelangen. In Betracht kommen u. a. Enteignung, Zwangslizenz. Ein solcher Hoheitsakt kommt zugunsten des Urheberrechtsverletzers ebenfalls nicht in Frage. Bei ihm handelt es sich darum, ob für ihn infolge seiner Tätigkeit kraft Gesetzes oder Gewohnheitsrechts eine Rechtsstellung entsteht, die als besonderes Schutzrecht zu betrachten ist.

Dieser Weg zur Begründung eines Schutzes des Urheberrechtsverletzers ist noch niemals eingeschlagen worden. Die Rechtsprechung und herrschende Lehre bemüht sich um die Frage, wie dem Unterlassungsanspruch die Durchsetzbarkeit genommen werden kann. Zu diesem Zweck mußte man einen neuen Rechtsbegriff, die Verwirkung, entwickeln, der seine schwankende Grundlage im Grundsatz von Treu und Glauben haben soll. Man sagt, der Verletzte habe seinen Unterlassungsanspruch verwirkt. Die Verwirkung ist somit eine Rechtserscheinung, die auf Seiten des Verletzten liegt. Für sie dürften also nur Gründe, die auf Seiten des Verletzten liegen, maßgebend sein. Nach herrschender Ansicht wird jedoch für die Verwirkung sowohl das Verhalten des Verletzten als auch die Verletzerseite betrachtet. Die Verletzertätigkeit, die wir als einzige Voraussetzung eines Rechts zur Vervielfältigung und Verbreitung erkannt haben, wird auch als Voraussetzung der Verwirkung behandelt. Freilich ist nicht ohne weiteres klar, wieso dieser Zusammenhang zwischen Verwirkung und Verletzer bestehen soll.

Indem das Reichsgericht die Verletzerseite betrachtet und den auf dieser Seite erwachsenen Besitzstand sogar als Hauptvoraussetzung der Verwirkung ansieht, schaltet es in Wirklichkeit den Verwirkungsgedanken aus. Das RG hat vielmehr ungewollt den anderen Weg, der die Schutzwürdigkeit des Verletzers ohne den Verwirkungsgedanken klärt, eingeschlagen.

Hierfür sprechen auch folgende Erwägungen. Bei der Verwirkung handelt es sich um Änderung der Rechtslage auf Seiten des Berechtigten. Durch sie soll eine Minderung urheberrechtlicher Befugnisse eintreten. Diese Minderung kann nur hervorgerufen werden, wenn der urheberrechtliche Unterlassungsanspruch und damit das Urheberrecht überhaupt der Rechtsgestaltung durch Verwirkung unterliegt. Der Begriff wird von manchen Seiten als ein im Gesamtbereich der Rechtsordnung gültiger behauptet, während andere lehren, daß seine Verwendung auf bestimmte Teilgebiete beschränkt sei. Wer den Schutz des Urheberrechtsverletzers auf die Verwirkung stützt, muß zu diesem Streit Stellung nehmen.

Das KG, das in dem Streit um das „Kleine Wilhelm-Busch-Album"[12]) als Berufungsinstanz gesprochen hatte, hat versucht, in längeren Erörterungen hierüber Klarheit zu schaffen: Die Verwirkung wurde nicht grundsätzlich für das Urheberrecht abgelehnt, sie könne aber „nur ausnahmsweise in Betracht kommen". Eine solche Ausnahme wurde in dem zu beurteilenden Tatbestand nicht als vorliegend erachtet und somit Ver-

12) RG 139, 327.

wirkung verneint[13]). Trotzdem nimmt das RG in der Revision die Möglichkeit eines Schutzes des Urheberrechtsverletzers an, ohne auch nur ein Wort über die Anwendbarkeit des Verwirkungsbegriffs im Urheberrecht zu verlieren und sagt: „Hierauf einzugehen ist entbehrlich". Dieser Satz wird indessen nicht begründet.

Man hätte erwarten sollen, daß das RG sich darüber ausläßt, weshalb die Verwirkung auch im Urheberrecht in Frage kommen soll, um für den Verletzer einen Schutz zu erzielen. Das RG geht auf die Vorfrage nicht ein. Ihm kommt es darauf an, daß im Ergebnis der Urheberrechtsverletzer geschützt wird. Die Anwendung des Verwirkungsgedankens im Urheberrecht ist indessen nicht selbstverständlich. Der Satz des RG wird vielmehr auch dann zutreffen, wenn der Verwirkungsbegriff im Urheberrecht überhaupt entbehrlich ist und der Schutz des Verletzers sich schon aus anderen Umständen ergibt. Allerdings verweist das RG auf eine Entscheidung, die sich grundlegend mit der Verwirkung im Wettbewerbsrecht befaßt[14]). Dieser Hinweis ändert indessen nichts daran, daß die vom RG für den Schutz des Urheberrechtsverletzers ausgesprochenen Gründe[15]) nicht auf Verwirkung, sondern auf selbständige Gesichtspunkte gestützt sind.

Wenn man den Schutz des Urheberrechtsverletzers auf Verwirkung stützen will, muß zuvor dargetan werden, daß der Verletzende kein Recht zu seinen Handlungen hat. Läßt sich ein solches Recht zu den nach urheberrechtlichen Bestimmungen unbefugt erscheinenden Vervielfältigungs- und Verbreitungshandlungen aus allgemeinen Gesichtspunkten technischer Art herleiten, so bleibt für die Verwirkung des Unterlassungsanspruchs kein Raum. Hat der anscheinend Verletzende ein Recht zu seinen Handlungen, so sind Unterlassungsansprüche des Urheberrechtsträgers nicht entstanden. Etwas nicht vorhandenes kann aber nicht verwirkt werden.

IV. Gegen die Verwendung des Verwirkungsgedankens spricht auch, daß er für die zu behandelnden Tatbestände nicht ausreichen würde. Er bezieht sich nur auf das rechtliche Verhältnis zwischen Urheberrechtsträger und Besitzstandschafter. Die sonstige rechtliche Stellung des Besitzstandschafters wird durch die Verwirkung nicht erklärt. Man müßte doch fragen, ob die vom Besitzstandschafter erlangte Rechtsstellung etwa nur darin besteht, daß der Urheberrechtsträger seinen Anspruch nicht mehr geltend machen kann. Alsdann hätte der Besitz-

13) Ausführliches hierüber § 3 II b, S. 20 ff, insbesondere S. 22.
14) RG 134, 38.
15) RG 139, 327.

standschafter auf Grund der Verwirkung noch keinerlei Unterlassungsansprüche gegen Dritte, die in seinen Besitzstand eingreifen. Oder soll der Besitzstandschafter vielleicht jetzt Urheberrechtsträger geworden sein? Dies kann niemals aus dem nur negativen Gedanken der Verwirkung gefolgert werden!

Die Verwirkung besagt nichts über die rechtliche Stellung des Besitzstandschafters gegenüber Dritten. Hat ein Urheberrechtsträger es unterlassen, gegen einen Verletzer vorzugehen und ist diesem somit ein Besitzstand erwachsen, so besteht die Wahrscheinlichkeit, daß er auch gegen einen weiteren Verletzer seiner Rechte, der mit den Verletzungshandlungen erst nach Entstehung des Besitzstandes des Erstverletzers begonnen hat, nicht vorgeht. Wahrscheinlich wird der Urheberrechtsträger auch gar kein Interesse haben, gegen den Zweitverletzer vorzugehen, wenn er gegen den ersten, der einen Besitzstand hat, seinen Unterlassungsanspruch nicht mehr durchsetzen kann. Im Gegenteil wird es ihm vielleicht sehr recht sein, wenn der Besitzstandschafter, durch den er, wenn auch mit durch eigene Schuld. geschädigt worden ist, nun durch die Konkurrenz des zweiten Verletzers beeinträchtigt wird. So stellen die Verletzungshandlungen des Zweitbenutzers nicht nur einen Eingriff in die Rechte des Urheberrechtsträgers dar, sondern auch einen Eingriff in den Besitzstand. Für diese möglicherweise erheblichen Schädigungen muß der Besitzstandschafter Schutz erfahren.

Es handelt sich hier um ein dem Gebiet des Urheberrechts eigenes Problem, das das Wettbewerbsrecht nicht kennt. Der Zeichenverletzer befindet sich nicht in einer solchen vom Gesetz unberücksichtigten Stellung wie der Urheberrechtsverletzer. Sobald er kraft seiner Benutzungshandlungen Verkehrsgeltung erworben hat, ist er bei einer Täuchung des Publikums durch einen weiteren Verletzer gemäß § 3 UWG geschützt.

Auch der urheberrechtliche Besitzstandschafter darf einem weiteren Werknutzer gegenüber nicht schutzlos sein. Es muß daher untersucht werden, ob das gesuchte technische Recht des Besitzstandschafters nicht bloß gegenüber dem Urheberrechtsträger sondern auch gegen Dritte wirksam ist.

§ 8

Der Schutz des urheberrechtlichen Besitzstandes auf sachenrechtlicher Grundlage.

Das Urheberrecht befaßt sich mit eigentumsähnlichen Beziehungen des Urheberrechtsträgers zum Werk. Hat man für das Wettbewerbsrecht zwecks Begründung einer Verwirkung versucht, Analogien zum Sachenrecht zu ziehen, so erscheint dies

für das Urheberrecht noch eher am Platze, da die Urheberrechte den dinglichen Rechten eng verwandt sind[1]). Dem von uns erstrebten Ziel, den Besitzstand als absolutes Recht zu begründen, käme eine Anwendung sachenrechtlicher Vorschriften sehr zustatten. Für die Begründung eines Besitzstandrechtes kommt die Nachbildung der Grundgedanken von Ersitzung und Verarbeitung in Betracht. In diesen beiden Fällen handelt es sich darum, daß ein Eingriff in die Rechtslage des bisherigen Eigentümers diesem das Recht nimmt und dem Eingreifer verschafft.

Sowohl bei der Ersitzung als auch bei der Verarbeitung erlangt der Erwerber eine Rechtsstellung, die derjenigen des früheren Eigentümers um nichts nachsteht. Die Verletzungshandlung im Urheberrecht führt nicht zu einem Vollerwerb des Urheberrechts, denn der Verletzer ist ja nicht Schöpfer des Werkes und kann es auch nicht werden oder rechtlich als solcher angesehen werden. Er kann nur einen Teil der urheberrechtlichen Rechtssphäre für sich gewinnen. Eine Anwendung des Ersitzungs- oder Verarbeitungsgedankens, die beide eine vollständige Rechtsvernichtung im Sachenrecht herbeiführen, auf das Urheberrecht ist also nur in dem Sinn möglich, daß ein begrenzter Rechtserwerb für den Eingreifer erfolgt. Immerhin wäre auch mit dieser Einschränkung die Rechtsähnlichkeit gewahrt. Der Ersitzende erwirbt das, was er besitzt, der Verarbeitende das, was er zum Zwecke der Verarbeitung besitzt, der Urheberrechtsverletzer würde das erwerben, worauf sich seine Verletzung bezieht.

I. Die Verarbeitungstheorie[2]) baut auf § 950 BGB auf, den sie als Niederschlag einer unser gesamtes Recht durchziehenden Norm des Rechtserwerbs durch Arbeit ansieht. Durch die auf den Gegenstand des fremden Rechts verwendete Arbeit, die unter Eingriff in den Gegenstand eine neue Sache zur Entstehung bringt, tritt ein Rechtserwerb des Arbeitenden ein.

Bei der Erlangung des Besitzstandschutzes handelt es sich nicht um einen Schutz für Eingriffe in das dem Urheber geschützte Werk als solches. Derartige Eingriffe bedeuten eine Veränderung des Werkinhalts. Diese ändernde Tätigkeit hat schon ihre Regelung im Urhebergesetz gefunden. Entweder entsteht eine eigentümliche Schöpfung[3]) und ihr Urheber hat ein vollständig unabhängiges Urheberrecht erworben oder es liegt

1) Vgl. Ritter, JW 1934, 2040.
2) Begründet von B. Herzog, MuW 30, 353: Verwirkung, Ersitzung und Verarbeitung im Firmen- und Warenzeichenrecht.
3) § 13 I LUG.

eine Bearbeitung vor[4]), die dem Bearbeiter ein Urheberrecht hinsichtlich der Bearbeitung verschafft. Der Besitzstandschutz findet hinsichtlich des unveränderten Werkes statt. Es handelt sich darum, daß z. B. ein Verleger das Werk oder Teile desselben unberechtigterweise herausgibt und jahrelang auf dem Markt hält. Der Verleger wendet hier Arbeit für eine wirtschaftliche Ausnutzung des Werkes auf, nicht aber wirkt er auf den Gegenstand, das Werk selbst, ein. An dem Werk selbst wird durch den Verletzer der Urheberrechte keine Arbeit geleistet.

Eine solche Arbeit fehlt auch im Falle einer Bearbeitung, denn diese stellt an sich noch keine Verletzung dar; erst mit der Vervielfältigung wird das primäre Urheberrecht verletzt. Immer benutzt der Verletzer das Werk so, wie er es dem Machtbereich des Urheberrechtsträgers entnommen hat.

Nur Arbeit, die das Werk selbst nicht berührt, kann für einen Besitzschutz des Verletzers berücksichtigt werden, denn die Arbeit, die auf das Werk selbst verwandt wird, und das ist der Gedanke des § 950 BGB, ist im Urhebergesetz in den Regeln über die Benutzung zu einer eigentümlichen Schöpfung und über die Bearbeitung zu ihrem Rechte gekommen.

Eine Anwendung des im § 950 BGB zum Ausdruck gekommenen allgemeinen Rechtsgedankens scheidet für das Urheberrecht im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht[5]) von vornherein aus, da die Arbeit nicht auf den Gegenstand aufgewendet wird, dessen Rechtssubjekt durch sie geändert werden soll.

II. Die Ähnlichkeit zwischen geistigem und sachenrechtlichem Eigentum hat einzelne Schriftsteller dazu geführt, noch andere Regeln des Sachenrechts auf das Immaterialgüterrecht zu übertragen[6]). Jüdische Autoren versuchten, die wettbewerbliche Verwirkung durch Übernahme des Ersitzungsgedankens zu klären. Diese auf materialistischer Grundeinstellung beruhende Ansicht wurde vom RG für das Wettbewerbsrecht mit Recht abgelehnt[7]). Auch für das Urheberrecht wird sie abzulehnen sein.

Man kann in der Tat eine dem sachenrechtlichen Besitz ähnliche Herrschaft in dem Verhältnis zwischen Besitzstandschafter und Werk erblicken. Auch der für die Ersitzung er-

4) § 12 LUG.

5) Oppenheim S. 29 f. lehnt Verarbeitung im Wettbewerbsrecht ab; Titze, Besitzstand und Verwirkung im Warenzeichenrecht, läßt sie zu.

6) Seligsohn, GRUR 1930, 93; Einfluß der Zeit auf den gewerblichen Rechtsschutz; Oppenheim, Die Verwirkung im gewerblichen Rechtsschutz; ähnlich für gewisse Fälle; Reimer GRUR 1931, 466, MuW 1932, 278, Norm VII.

7) RG 134, 38.

forderliche gute Glaube kann im Urheberrecht gefordert werden. Aber das für die Ersitzung wesentliche, aus dem Gedanken der Rechtssicherheit geborene Moment der Zeit ist im Urheberrecht nicht brauchbar. Wielange sollte die urheberrechtliche Ersitzungszeit sein? Das Urheberrecht ist im Gegensatz zum Eigentum kein immerwährendes, sondern ein befristetes Recht Man könnte daran denken, daß auch das Eigentumsrecht an Mobilien spätestens mit dem Sachuntergang aufhört und daß dieser Zeitpunkt schließlich bei jeder Sache einmal eintritt. Würde man danach eine mittlere Eigentumsdauer annehmen, so müßte im Verhältnis zur 50jährigen Urheberrechtsdauer eine der 10jährigen Ersitzungszeit entsprechende urheberrechtliche Ersitzungszeit errechnet werden. Nach anderer Ansicht soll die Ersitzungszeit für das Wettbewerbsrecht durch eine veränderliche, den Umständen angepaßte Frist ersetzt werden[8].

In Wahrheit sind diese Rechnungen verfehlt. Dem urheberrechtlichen Besitzstand fehlt die Starrheit des sachenrechtlichen Besitzes. Der Ersitzende genießt die Vorteile, die der Besitz als solcher mit sich bringt. Zur Erhaltung seiner Rechtsstellung braucht er nichts weiter zu tun[9], als daß er für die Erhaltung der Sache sorgt. Er muß nur noch den Besitz auf bestimmte Zeit behalten, um Eigentum zu erlangen.

Anders im Urheberrecht: Mit der Schaffung des „Besitzes" beginnt neues Schaffen um seine Erhaltung. Das einmal geschaffene geistige Besitzverhältnis ist nicht von Dauer; es gerät in Vergessenheit, bleibt höchstens in Erinnerung und wird nicht mehr als vorhanden angesehen, wenn der Besitzer sich nicht durch sein Schaffen den Besitz erhält.

In dieser für die „Besitzerhaltung" erforderlichen Arbeit und Mühe ist der Umstand zu sehen, der das Unbilligkeitsempfinden zugunsten des Besitzers und Urheberrechtsverletzers hervorruft; er muß für die rechtliche Würdigung des Besitzstandes maßgebend sein. Da eine besitzerhaltende Arbeit des Besitzers dem Insitut der Ersitzung vollständig fremd ist, scheidet eine Anwendung der sachenrechtlichen Ersitzung auf das Urheberrecht aus.

§ 9.

Der Besitzstand — ein Gewohnheitsrecht.

I. In heutiger Zeit sind wir gewohnt, fast jede Frage durch das Gesetz beantwortet zu finden. Läßt sich ein Fall weder durch unmittelbare Auslegung des Gesetzes noch im Wege der

8) Seligsohn, GRUR 1930, 101.
9) Ausnahme bei verbotener Eigenmacht.

Analogie entscheiden, so betrachtet man eine Gesetzeslücke als gegeben. Solche Lücken werden durch Zurückgreifen auf die Rechtsidee — entsprechend den Blankettnormen — gelöst. Bei dieser Methode bleibt für das Gewohnheitsrecht anscheinend kein Raum. In ganz wenigen Fällen nur kommt es heute vor, daß eine Entscheidung auf Gewohnheitsrecht ausdrücklich gestützt wird. So konnte kaum der Gedanke entstehen, daß der nicht mit dem Gesetz direkt zu entscheidende Fall des Besitzstandes mit Hilfe außerhalb des Gesetzes stehender gewohnheitsrechtlicher Normen zu regeln sei.

In einer einzigen urheberrechtlichen Reichsgerichtsentscheidung wird ein Gewohnheitsrecht erwähnt[1]). Dieser Fall soll hier, wenn er auch selbst nicht den typischen Tatbestand eines Besitzstandes zum Gegenstand hat, näher betrachtet werden.

Es waren jahrzehntelang Schlagertextbücher zum Mitsingen ohne die Zustimmung der Urheber herausgegeben worden, ohne daß jemals ein Autor hiergegen etwas eingewandt hätte. Gegenüber dem von einem Autor geltend gemachten Anspruch vertrat die Revision die Meinung, daß sich „ein allgemeines Gewohnheitsrecht gebildet" habe, dahingehend, daß man in Liederbücher auch an sich geschützte Lieder aufnehmen dürfe. Dieses Gewohnheitsrecht wurde aber vom RG abgelehnt. „Liederzusammenstellungen" seien infolge Änderung des „Kunstgeschmackes" während der Zeit, in der sich eine ständige Übung gestaltet haben sollte, kein im Wesen so gleich bleibender Gegenstand, wie er für ein Gewohnheitsrecht vorauszusetzen wäre. Eine Liederzusammenstellung von 1880 oder 1905 ist im Sinne des RG etwas anderes als eine solche von 1930. Hätte es sich also um einen gleichbleibenden Gegenstand gehandelt, so wäre ein Gewohnheitsrecht vom RG angenommen worden. In unseren Fällen wird ein Werk eines Autors lange Jahre hindurch durch gleichartige Eingriffe verletzt, und zwar immer von demselben Verletzer. Die Gleichartigkeitsgrundlage für gewohnheitsrechtliche Anerkennnung würde also im Sinne des RG gegeben sein.

II. In dem Fall des RG handelt es sich um ein Gewohnheitsrecht, das allen zugute gekommen wäre, und das alle Werke einer bestimmten Kunstform betraf. In den von uns zu betrachtenden Fällen handelt es sich darum, daß in bezug auf ein bestimmtes Werk eine bestimmte Person kraft Gewohnheitsrechts eine geschützte Rechtsstellung erlangt.

Unter Gewohnheitsrecht versteht man grundsätzlich ein Recht, das für alle oder für einen bestimmten Kreis gilt. Hier

1) RG 128, 114.

handelt es sich um ein Recht, eine Gewährung zugunsten eines Einzelnen, des Verletzers. Diejenigen, die das Buch des verletzenden Verlegers kaufen und lesen, verletzen den Urheberrechtsträger nicht. Lediglich der Verletzer müßte durch ein Gewohnheitsrecht gerechtfertigt werden. In dem oben erwähnten Falle machte die Revision geltend, daß eine abstrakte Norm vorliege, unter die alle, dem vom RG zu entscheidenden Fall ähnlich gelagerten Tatbestände zu subsumieren seien. Gegenwärtig handelt es sich nicht um einen allgemeingültigen abstrakten Rechtssatz, der auf Grund von Gewohnheitsrecht entstanden sein soll. Es kommt in Frage, ob ein einzelner Lebensfall durch ein Gewohnheitsrecht geregelt werden kann.

Das Gewohnheitsrecht kann seinem Wesen nach einen Tatbestand nicht unmittelbar normieren. Es ist lediglich geeignet, Rechtssätze herzustellen, die dann mittelbar den Einzelfall regeln. Schon in dem vor 1900 geltenden Recht war anerkannt, daß das Gewohnheitsrecht „nur als m i t t e l b a r e Quelle rechtlicher Befugnisse Einzelner gedacht werden" könne[2]). Für die unmittelbare Entstehung eines konkreten subjektiven Rechts kannte das frühere Recht die sog. unvordenkliche Verjährung, deren systematische Trennung vom Gewohnheitsrecht erst spät erfolgte. Vor dieser Trennung wurde beides unter dem Begriff des Herkommens zusammengefaßt. Der Begriff des Herkommens enthielt „den Begriff der Normen erzeugenden Gewohnheit und der Rechtsverhältnisse begründenden Unvordenklichkeit in sich"[3]). Die Unvordenklichkeit als Grundlage des Allmendrechtes wird nach Gierke bereits in einem Rechtsstreit des Jahres 1487[4]) auf einen über zweier Männer Gedächtnis hinausreichenden B e s i t z s t a n d gestützt[5]). Auch in der oben erwähnten Sache des OAG Celle[6]) hatte die erste Instanz im Jahre 1857 wie folgt gesprochen: „Die Klage, insoweit sie auf Zeitablauf, namentlich auf unvordenkliche Zeit, gestützt worden, stellt sich als unzulässig dar, indem die klagbar gemachte Berechtigung lediglich als eine Obligation aufzufassen, mithin von dem, den Rechtserwerb durch Zeitablauf, namentlich durch unvordenkliche Zeit, bedingenden B e s i t z s t a n d e nicht die Rede sein kann." In dieser Entscheidung wird also gerade der uns beschäftigende Begriff des Besitzstandes verwertet. Er erscheint hier als Voraussetzung der mit dem Gewohnheitsrecht

2) OAG Celle v. 30. 9. 1858, Seuff. Arch. 19, Nr. 104.
3) Gierke, Genossenschaftsrecht, II. Bd. S. 462.
4) Grimm, W. I, 397.
5) Gierke a. a. O. S. 463 Anm. 19.
6) Seuff. Arch. a. a. O.

eng verwandten unvordenklichen Verjährung[7]). Wir müssen prüfen, ob er auch die Grundlage für ein normenschaffendes Gewohnheitsrecht bilden kann.

Nach früherem Recht wäre der von uns zu beurteilende Tatbestand unter dem Gesichtspunkt der unvordenklichen Verjährung zu beurteilen. „Die fortgesetzte Ausübung einer individuell bestimmten Berechtigung ... fällt unter die Begriffe der Verjährung und des Herkommens, als der fortwährenden gleichmäßigen Vollziehung eines Rechtsverhältnisses und der hierdurch ausgedrückten tatsächlichen Anerkennung desselben."[8])

Unserem Recht ist das Institut der unvordenklichen Verjährung unbekannt. Dafür ist heute der Gedanke eines normenschaffenden Gewohnheitsrechts anzuerkennen. Ein solches Gewohnheitsrecht kann auch Quelle für eine Berechtigung des Besitzstandschafters sein.

III. In den Zeiten, in denen es keinerlei Schutz des Urhebers gab, entstand das Bedürfnis, den Drucker zu schützen. Dies geschah durch konkrete Normsetzung, durch Privilegien[9]). Die Inhaber der gesetzgebenden Gewalt verliehen mit ihnen dem Drucker für einen bestimmten von ihm zu besorgenden Druck durch Hoheitsakt Schutz vor Nachdruck. Wenn durch ein solches Privileg auch nur ein konkreter Fall geregelt wurde, so handelte es sich doch um die Schaffung eines Rechtssatzes, denn es wurde nicht nur ein Rechtsverhältnis geregelt, das Privileg erstreckte seine Wirkungen gegen jedermann.

So wie früher werden auch heute und stets Bedürfnisse auftauchen, die nur durch eine dem Einzelfall angepaßte konkrete Normsetzung befriedigt werden können. Es wird immer individuelle Verhältnisse geben, die von allgemeinen Regeln nicht genügend erfaßt werden. Die Kultur kann nicht durch allgemeine Bestimmungen allein ihren Zweck erreichen[10]).

Derartige konkrete Normsetzung kann erreicht werden durch richterliche Tätigkeit — die kraft verweisender Norm

7) In deutschen Quellen erscheint die unvordenkliche Verjährung „nur als eine Anwendung der Gewohnheit auf den Erwerb von Gerechtigkeiten". Die Erfordernisse „sind für die sog. unvordenkliche Verjährung und für Gewohnheit im Wesentlichen dieselben. Häufiger Gebrauch und hohes Alter müssen stets dargetan werden." (Pape, Gewohnheit als Quelle des subjektiven Rechts, S. 169 - 173).

8) Seuff. Arch. 19 Nr. 1 (ObTrib Stuttgart v. 30. 1. 1863); vgl. auch 36 Nr. 172 (Bayr. ObLG v. 13. 1. 1881).

9) Später wurde ebenso der Verleger und auch schließlich der Autor selbst geschützt. Bei diesem handelte es sich jedoch noch nicht um den heutigen Geistesgutschutz, sondern um ein gewerbliches Schutzrecht wie beim Drucker. Vgl. Elster, Urheber- usw.-Recht S. 13.

10) Kohler, Handbuch des Patenrechts. S. 17.

stattfindet[11]) — oder durch Einzelakt des staatlichen Hoheitsträgers, also durch Privileg.

Die Privilegien gegen den Nachdruck sind untergegangen, weil die mit ihnen „verliehenen Ausnahmerechte sich zu allgemeinen Rechten erhoben haben"[12]). Diese Entwicklung schließt jedoch nicht aus, daß auch heute noch ein solches Privileg denkbar wäre. Der Gesetzgeber könnte einem Einzelnen eine besondere Rechtsstellung verleihen, etwa als Eigentum oder Patentrecht[13])[14]). Privilegien können aber eben nur Rechte geben. Tatsachen lassen sich auf diese Weise nicht erzeugen. Urheber ist nur der Schöpfer. Ein anderer kann nicht durch Hoheitsakt zum tatsächlichen Urheber gemacht werden. Aber es wäre möglich, daß ihm eine der Rechtsstellung des Urhebers ähnliche Rechtsstellung zu dessen Werk eingeräumt wird. Durch ein solches Privileg würde über das kraft Gesetzes entstandene, dem Urheberrechtsträger zustehende Recht eine dieses Recht schmälernde Verfügung getroffen.

Da die Begründung eines Privilegs Normsetzung ist, erfolgt sie auf dem normalen Rechtserzeugungswege. „Gleiche Kraft mit Gesetz oder Satzung hat auch bei der Begründung der Privilegien das Gewohnheitsrecht." „In den Entscheidungen, die dies verneinen, wird die Erzeugung eines solchen Rechtssatzes mit der unmittelbaren Begründung von Rechtsverhältnissen ... verwechselt."[15]) Es erübrigt sich, auf Kohlers Ansicht näher einzugehen, der die gewohnheitsrechtliche Bildung eines Privilegs n u r auf Grund der unvordenklichen Verjährung behandelt, also die von Gierke gerügte Verwechslung macht. Er kommt und muß dann auch zu einer Ausschließung der gewohnheitsrechtlichen Privilegentstehung im Immaterialrechte kommen. Eine Unvordenklichkeit ist ja bei den zeitlich beschränkten Immaterialrechten nicht gut möglich.[16])

So ist es also möglich, daß der urheberrechtliche Besitzstand unter dem Gesichtspunkt eines Privilegs auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage Schutz erfährt. Ob sich ein solches Gewohnheitsrecht beim Besitzstand gebildet hat, ist nunmehr zu untersuchen.

11) Vgl. Hein, Verleitung zum Vertragsbruch S. 15.
12) Gierke, Privatrecht 1, S. 103.
13) Vgl. Kohler, Lehrbuch I S. 118.
14) z. B. für die Erfindung eines Arzneimittels, entgegen § 1, II, Pat.-Ges.
15) Gierke, Privatrecht S. 304. Vgl. auch Enneccerus I § 43 II, insbesondere Anm. 3 gegen Stammler, und § 43 II. 2 S. 129: „Die Entstehung durch Gewohnheitsrecht ist bei Individualvorschriften von langdauernder Wirksamkeit denkbar, aber jedenfalls höchst selten."
16) Vgl. Kohler, Lehrbuch I, S. 120.

IV. Der Urheberrechtsverletzer wird geschützt, wenn die Rechtsüberzeugung besteht, daß der Verletzer Urheberrechtsträger ist und diese Überzeugung durch Übung ausgedrückt worden ist. Die durch Übung anerkannte Stellung des Verletzers erschöpft sich nicht darin, daß der Verletzer jetzt dem Urheberrechtsträger gegenüber gerechtfertigt ist. Dann würde es sich nur um ein relatives Rechtsverhältnis handeln. In den Besitzstandfällen sieht j e d e r m a n n in dem Verletzer den Berechtigten. Das offenbart sich insbesondere darin, daß z. B. dem verletzenden Verleger das Buch bestellt wird und daß niemand es wagt, das verletzende Buch nachzudrucken. Das Buch bleibt auf dem Markt, wird „angezeigt, ausgelegt, bestellt, verkauft, gelesen"[17]). Die Personen, die die Rechtsregel angeht, haben ihren Rechtsgeltungwillen bekundet. Auch der eigentliche Urheberrechtsträger hat dies getan, indem er sich durch seine Duldung der Übung anpaßt.

Der Verletzer wird als Urheberrechtsträger angesehen und geachtet. Man sieht — wenn man sich überhaupt Gedanken macht — in ihm einen originär oder durch Rechtsgeschäft, Erbgang, Zwangsvollstreckung oder dergleichen Berechtigten. Jedenfalls will man ihn aber nicht kraft besonderer Norm berechtigt sehen. Dieser Irrtum, der vorliegt, wenn man sich im Verkehr überhaupt eine Vorstellung macht, ist unerheblich. Die vielleicht vorliegende irrtümliche Übung wird in ihrer rechtlichen Wirkung nicht dadurch beeinträchtigt, daß sie auf einem Irrtum beruhte: sie löst sich von dem Irrtum. Der Verletzer wird schlechthin als Berechtigter gewollt[18]). Der Erfolg dieses rechtsbildenden Willens ist eine Einzelberechtigung des Urheberrechtsverletzers, ist ein Privileg kraft Gewohnheitsrecht.

Der ursprüngliche Urheberrechtsverletzer hat ein „auf der Rechtsüberzeugung seiner Gültigkeit" beruhendes Privileg erhalten[19]). Auf Grund dieser gewohnheitsrechtlich erlangten Rechtsstellung ist er Urheberrechtsträger geworden.

Der eigentliche Urheberrechtsträger kann von dem Besitzstandschafter nicht mehr Unterlassung verlangen, weil er entweder selbst kein Recht mehr hat oder weil der Besitzstandschafter ein Recht „zur Verletzung" bekam. Der Besitzstandschafter wird Alleinberechtigter in dem Umfange sein, in dem der Urheberrechtsträger bei Entstehung des Besitzstandes sein Recht noch nicht ausgenutzt hatte und soweit sein Besitzstand reicht, d. h. insoweit er das Urheberrecht verletzt hat. Anderenfalls ist der Besitzstandschafter Urheberrechtsträger neben

17) RG 139, 327.
18) Vgl. Enneccerus § 37 II, inbesondere Anm. 3.
19) Handwörterbuch, 4, S. 734 (Stier-Somlo, „Rechtsquellen").

dem ursprünglich allein Berechtigten im Umfange des Besitzstandes. Er kann von Dritten Unterlassung von Beeinträchtigungen seines Besitzstandes fordern. Eine solche Beeinträchtigung liegt nicht vor, wenn der Dritte das Recht zu seinem Tun von dem Urheberrechtsträger schon vor Erwachsen des Besitzstandes erlangt hat.

§ 10.

Urheber und Besitzstandschafter als Treuhänder der Volksgemeinschaft.

I. Eine früher weit verbreitete Ansicht verlangte eine bisher hier unberücksichtigt gebliebene Voraussetzung zur Entstehung eines Gewohnheitsrechts. Man sagte, eine Übung könne nur dann Gewohnheitsrecht erzeugen, wenn sie mit den Grundgedanken der staatlichen Ordnung in Einklang stände[1]). Diese Ansicht ist abzulehnen. Ebensowenig wie das gesetzte Recht deswegen für Nichtrecht oder ungültiges Recht erklärt werden darf, weil es mit der Idee der Gemeinschaft nicht übereinstimme[2]), darf eine solche Übereinstimmung bei dem Gewohnheitsrecht als bedingendes Element für das Dasein des Rechts gefordert werden. Es kann in der Tat vorkommen, daß einmal eine Übung besteht, die sich als mit dem Gemeinwohl unvereinbar erweist. Der aus dieser Übung gefolgerte Rechtssatz ist dennoch geltendes Recht. Er ist aber, als dem höchsten Zweck des Rechts widersprechend, zu beseitigen.

Auch in den Besitzstandfällen ist es denkbar, daß das mit Hilfe technischer Regeln gewonnene Ergebnis, die gewohnheitsrechtliche Berechtigung des Besitzstandschafters, mit der Rechtsidee in Widerspruch stehen könnte. Die Gemeinschaft hat durch das Urhebergesetz den Schöpfer geschützt. Eine Berechtigung des Besitzstandschafters hebt diesen Schutz auf. „Verkehrstatsachen, die aus Zeit und Macht entstehen" sollen „materiellen und ethischen Rechtstatsachen", nämlich dem unter dem Gesichtspunkt von wirtschaftlichem Nutzen und sittlicher Anerkennung begründeten Schutz des Schöpfers vorgehen[3]). Man könnte zweifeln, ob dieses Vorgehen der Gemeinschaftsidee entspricht, zumal diese Verdrängung urheberrechtlicher Befugnisse in der Regel insofern auf einem Irrtum über das Recht besteht, als der Verletzer für den Rechtsinhaber gehalten wird. Würde der Irrtum nicht bestehen, so käme es niemals zu einer Übung und damit nicht zu einem Besitzstand.

1) Puchta, II, S. 51 ff; Dernburg, P. I § 27 Z. 5; Regelsberger I § 20 IV.
2) Vgl. Hein, Verleitung zum Vertragsbruch S. 103 f.
3) Elster, Ufita 1934, 58.

Auf der anderen Seite kann die aus der Rechtsidee hergeleitete Erwägung dazu führen, daß technische und insbesondere gewohnheitsrechtliche Sätze bekräftigt werden.

Versucht man, eine Rechtsfolge ohne Benutzung technischer Regeln aus den Grundgedanken des Rechts herzuleiten, so muß dieser Weg zu einem der Rechtsidee entsprechenden richtigen Ergebnis führen. Gelingt es, eine Berechtigung des Besitzstandschafters als der Gemeinschaftsidee entsprechend nachzuweisen, so wird damit das aus dem Gewohnheitsrecht hergeleitete Ergebnis bestätigt.

II. Die urheberrechtlichen Befugnisse bedeuten eine Sonderstellung des Urhebers innerhalb der Volksgemeinschaft. Gemäß dem heutigen Rechtsdenken haben aber die Sonderbefugnisse zurückzutreten, wenn es das Wohl der Gesamtheit erfordert. Dieser Einfluß der Gesamtheitsbelange auf die konkrete Rechtsgestaltung ist eine durch die nationalsozialistische Rechtsidee bedingte grundsätzliche Veränderung. Gewiß hatte man schon früher den Satz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" aufgestellt und auch „im Urheberrecht anerkannt"[4]). Im Ergebnis wurden aber die Interessen des Urhebers durch Erweiterung seiner Rechtsmacht mehr und mehr gestärkt. Noch 1934 lehnt es das Reichsgericht sogar ab, „den Befugnissen des Urhebers die der Allgemeinheit" wenigstens „wie etwas gleichgeordnetes" gegenüberzustellen[5]). Dies entspräche nicht den sich "aus Fassung und Aufbau" ergebenden „leitenden Gedanken des geltenden Gesetzes". „Solange diese Gesetze in Kraft stehen, sind auch ihre das gegenseitige Verhältnis der Befugnisse regelnden Weisungen maßgebend."

Wir fordern heute nicht nur eine Gleichberechtigung, sondern eine Höherberechtigung der Allgemeinheit. Dieser im Volksempfinden wurzelnde Grundsatz muß, wenn die ihrem Wortlaut nach weitergeltenden Rechtsregeln sich irgendwie in diesem Sinne auslegen lassen, maßgebend sein[6]). Die Auslegung älterer Rechtssätze ist nach dem Wollen des heutigen Gesetzgebers vorzunehmen. Indem dieser das Recht bestehen läßt, will er nicht Grundgedanken einer vergangenen Zeit übernehmen, sondern für jede Zweifelsfrage sein Rechtswollen in das alte Recht hineintragen.

III. Die Nutzungsbefugnisse des Urhebers sind auch im Sinne der heutigen Rechtsidee gerechtfertigt. Das Wohl der Gesamtheit wird gefördert, wenn der Urheber, von wirtschaft-

4) RG 144, 106.
5) RG a. a. O.
6) Vgl. Rothenberger DJZ 1936, 22.

lichen Sorgen möglichst enthoben, seine Kräfte entfalten kann. Es fragt sich, ob es mit dem Gesamtwohl vereinbar ist, wenn dem Urheber die Nutzungsbefugnis durch einen Besitzstand geschmälert wird. Diese Frage bekommt ihre besondere Bedeutung, wenn wir bedenken, daß privilegierende Eingriffe in wohlerworbene Rechte für unstatthaft gehalten werden[7]). Geht man davon aus, so würde das Recht des Urhebers einem die geistige Leistung betreffenden Einzelrecht nicht zu weichen brauchen. Jene Ablehnung kann indessen nur insoweit als zutreffend anerkannt werden, als das Privileg zugunsten von Individualinteressen stattfinden soll. Eine solche Individualprivilegierung würde mit der Gemeinschaftsidee nicht vereinbar sein.

Bei dem hier in Frage stehenden Privileg zugunsten eines Urheberrechtsverletzers handelt es sich aber nicht um ein Individualinteresse. Für die Allgemeinheit ist nur der Wertgedanke maßgebend. Der Verletzer hat für die Allgemeinheit einen Wert geschaffen. Die Erhaltung dieses Wertes ist für die Allgemeinheit wichtig. Gibt man dem Verletzer ein Privileg gegenüber dem Inhaber des Urheberrechts, so wird nicht einem Individualinteresse entsprochen, sondern es wird ein Bedürfnis der Allgemeinheit befriedigt. Diesem Gesamtheitszweck muß sich der Einzelne, der Urheberrechtsträger, fügen. Die Volksgemeinschaft hat nicht das dringende Bedürfnis, dem Urheber die alleinige Nutzungsbefugnis unter allen Umständen zu erhalten. Die Vorstellung eines dem Urheberrechtsverletzer einzuräumenden Privilegs ist also mit der Gemeinschaftsidee vereinbar. Das Allgemeinwohl steht einem Schutz des urheberrechtlichen Besitzstandes nicht entgegen, sondern gebietet geradezu einen solchen Schutz.

IV. Die Entstehung eines Werks beruht zunächst darauf, daß der Urheber mit besonderen, ihn vor anderen auszeichnenden geistig schöpferischen Gaben bedacht ist. Diese Begabung löst ihn aber nicht aus der Gemeinschaft, sondern sie verbindet ihn mit der Gemeinschaft. Die Begabung ist rassisches Erbgut. Der Urheber hat seine geistig schöpferische Kraft aus der gleichen Gemeinschaft erhalten, an die er mit seinem Werk sich wendet. Er schafft nicht als „losgelöstes, in seiner Gedankenwelt gleichsam autarkes Subjekt", sondern „als Mitglied innerhalb der Kulturgemeinschaft, in die er gestellt ist"[8]). Demzufolge ist das Werk in demselben Sinn Allgemeingut, wie ein Stück der leblosen Natur, das sich im Herrschaftsbereich der Gemeinschaft befindet. Der Urheber ist daher nicht Selbstherr

7) Vgl. Kohler, Handbuch des Patentrechts, S. 17.
8) Vgl. Müller, Ufita 1933, 398; Richter Ufita 1934, 330; Elster, Ufita 1931, 215.

seiner Werke. Er ist Treuhänder der von ihm geschaffenen Werke für die Volksgemeinschaft, in deren Namen er schuf und die er durch sein Schaffen bereicherte. Die Gemeinschaft überträgt ihm die Treuhand, weil sie sein Schaffen anerkennt und belohnt.

Hauptaufgabe der treuhänderischen Verwaltung ist, seine Werke dem Volke in jeder Weise nutzbar zu machen, denn „der Schutz der schöpferischen Persönlichkeit hat nur da und insoweit eine Berechtigung, als er der Gemeinschaft förderlich ist"[9]). Verletzt jemand ein Urheberrecht, so greift er in die treuhänderische Verwaltung ein. Er macht sich selbst zum Treuhänder in der Art einer Geschäftsführung ohne Auftrag, deren Geschäftsherr die Volksgemeinschaft ist. Der Urheber kann sich gegen die Wegnahme der Geschäftsführung wehren; aber nur solange, wie der Verletzer keine Berechtigung zu der Benutzung des Werkes hat. Der Urheber ist von der Volksgemeinschaft in seine Stellung als treuhänderischer Verwalter des Werkes zugunsten des Volkes berufen worden. Die Gemeinschaft kann einen anderen mit der Verwaltung beauftragen, wenn dies ihrem Wohl entspricht. Sie kann auch nachträglich einer ihr förderlichen Drittverwaltung zustimmen.

V. Der Auftrag zur Vornahme der treuhänderischen Verwaltung beruht in der Regel unmittelbar auf dem Gesetz. Er kann aber auch durch Einzelstaatsakt, z. B. Enteignung, Beschlagnahme erfolgen. Für die Genehmigung wird ein Gesetzesakt nur ausnahmsweise in Frage kommen. In der Regel wird es sich hier um Duldungsakte handeln, wie sie gegenüber dem Besitzstandschafter vorliegen. Indem die Volksgemeinschaft den Besitzstandschafter schützt, erklärt sie sich mit den in den Verletzungen liegenden Verwaltungshandlungen des Verletzers einverstanden. Mit diesem Einverständnis erlangt der „Verletzer" die Befugnis, die Verwaltungshandlungen nunmehr als Treuhänder vorzunehmen. Diese Berechtigung wirkt sowohl dem Urheber bzw. dem wirklich Berechtigten gegenüber, als auch gegen Dritte. Dem Besitzstandschafter wird von der Volksgemeinschaft das Urheberrecht in dem Umfange, in dem er es verletzt hat, übertragen. Er kann daher jedem, der in die ihm gegebene Rechtssphäre eingreift, sein eigenes derivatives Recht entgegenhalten.

Wir kommen also durch Zurückgreifen auf die Rechtsidee zu demselben Ergebnis, das wir mit Hilfe technischer Erwägungen als Gewohnheitsrecht gewonnen haben. Es besteht daher kein Anlaß, im Hinblick auf die Gemeinschaftsidee die Be-

9) Gewiese, GRUR 1935, 634.

rechtigung des Urheberrechtsverletzers zu verneinen oder einengend auszulegen. Jeder Urheberrechtsverletzer, dem ein urheberrechtlicher Besitzstand erwachsen ist, ist Urheberrechtsträger im Umfange seines Besitzstandes auf Grund Gewohnheitsrechts.

Ergebnis.

Im ersten Teile der Arbeit haben wir einen vom Urheberrechtsverletzer erreichten Zustand als urheberrechtlichen Besitzstand bezeichnet, weil wir annahmen, daß auch der vom Urheberrechtsverletzer erreichte Zustand eine dem wettbewerblichen Besitzstand ähnliche Schutzwürdigkeit herbeiführe. Es hat sich indessen gezeigt, daß der urheberrechtliche Besitzstand mit dem durch Verkehrsgeltung geschaffenen wettbewerblichen Besitzstand nicht auf eine Stufe gestellt werden darf. Gewiß handelt es sich auch im Urheberrecht um ein gefestigtes Verhältnis des Verletzers zum verletzten Rechtsgut. Dem urheberrechtlichen Besitzstand fehlt aber die für den wettbewerblichen Besitzstand charakteristische Verkehrsgeltung. Das Zeichen des Verletzten wird dem Zeichenverletzer zugerechnet. Das Werk des Verletzten bleibt dem Verletzten erhalten. Es geht weder ganz noch in beschränktem Umfange auf den Urheberrechtsverletzer über. Der wettbewerbliche Besitzstand erfordert weiter eine Wertschaffung des Verletzers in Bezug auf das Zeichen. Diese Wertschaffung findet in Bezug auf das Werk nur in Ausnahmefällen statt.

Der urheberrechtliche Besitzstand bezeichnet einen durch die verletzende Tätigkeit erreichten Zustand im Verkehr. Infolge der Arbeit des Verletzers, die die Aufmerksamkeit des Verkehrs auf ihn lenken soll, erreicht er diesen gewollten Zustand. Dieser Zustand stellt einen Erfolg seiner Arbeit dar. Der Verletzer ist in Bezug auf das verletzte Werk in erheblichen Kreisen des Verkehrs bekannt geworden. Diese Kenntnis führt dazu, daß der Verkehr durch den Verletzer in den Genuß des Werks gelangt. Ist dieser Arbeitserfolgzustand erreicht und längere Zeit erhalten worden, so sind mit ihm die Voraussetzungen für eine gewohnheitsrechtliche Berechtigung des Verletzers gegeben. Der Besitzstandschafter erfährt auf Grund eines durch seine Tätigkeit geschaffenen gewohnheitsrechtlichen Privilegs Schutz gegen jedermann, auch gegen den Urheber selbst.

Der urheberrechtliche Besitzstand bedeutet nicht, daß die Befugnisse des Urhebers verwirkt würden. Nach herrschender Lehre soll aus Tatsachen wie Verkehrsgeltung oder ähnlichem sich der Besitzstand als Voraussetzung der Verwirkung urheberrechtlicher Befugnisse ergeben. Diese Ansicht ist abzulehnen.

Der Besitzstand ist als solcher Tatbestand für die Entstehung eines Rechts. Neben diesem Recht ist für eine Verwirkung urheberrechtliche Befugnisse im Sinne der heutigen Rechtsprechung und herrschenden Lehre kein Raum.

In dieser Arbeit ist nur der urheberrechtliche Besitzstand untersucht worden. Der Besitzstand des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts konnte nur gestreift werden. Hat sich der urheberrechtliche Besitzstand als Recht herausgestellt, so besteht die Wahrscheinlichkeit, daß auch der wettbewerbliche Besitzstand ein auf Gewohnheitsrecht beruhendes Recht ist. Hier wie auf anderen Gebieten, auf denen man die Verwirkung teils angenommen, meist jedoch abgelehnt hat, wird eine technische Lösung mit Hilfe des Gewohnheitsrechts ohne den Verwirkungsgedanken am Platze sein.

Schrifttum.

Allfeld: Das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst. Kommentar. 2. Aufl. München 1928.

Allfeld: Urheber- und Erfinderrecht, 2. Aufl. Berlin 1929.

Baumbach: Das gesamte Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. Berlin 1931.

Becher: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. München 1932.

de Boor: in JW 1933, 2276.

van Calker: Die Delikte gegen das Urheberrecht. Halle 1894.

Callmann: Der unlautere Wettbewerb, 2. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1932.

Damme-Lutter: Das deutsche Patentrecht, 3. Aufl., Berlin 1925.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. Bd. VI, herausgegeben von Josef Kohler. Halle 1910.

Dernburg: Pandekten, 7. Aufl. 1903.

Ehrlich: Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Leipzig und Wien 1907.

Elster: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. 9. Aufl. Berlin und Leipzig 1932.

Elster: Urheber- und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht (Gewerblicher Rechtsschutz), 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.

Elster: in GRUR 1926, 493. (GRUR = Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Ztschr. d. Dtsch. Vereins f. d. Schutz d. gewerbl. Eigentums.)

Elster: in GRUR 1931, 686.

Elster: in JW 1931, 430.

Elster: in Ufita 1931, 215. (Ufita = Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht, Berlin.)

Elster: in Ufita 1934, 58.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allg. Teil, 13. Bearb. Marburg 1931.

Finger: Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen. Berlin 1926.

Frank: Die Verwirkung im Wettbewerbsrecht. Diss. Frankfurt 1934.

Friedrichs: Jur. Rsch. 1934, 46. (Jur. Rsch. = Juristische Rundschau.)

Furler: Besitz, Verkehrsgeltung, Verwirkung im Wettbewerbsrecht. Berlin 1932.

Gewiese: in GRUR 1935, 634.

Gierke, Otto: Das Deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. I Berlin 1868, Bd. II 1873.

Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht I (im Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft), Leipzig 1895.

Gottschalk: Die sog. Verwirkung des Anspruchs im gewerblichen Rechtsschutz. In GRUR 1930, S. 1 ff.

Grimm: Weisthümer. Bd. I, Göttingen 1840.

Gumpel: Die Verwirkung im Wettbewerbsrecht. Diss. Göttingen 1933.

Hamburger: Treu und Glauben im Verkehr. Mannheim-Berlin-Leipzig 1930.

Hein: Die Verleitung zum Vertragsbruch nach bürgerlichem Recht. Breslau 1906.

Hein: Identität der Partei, I. Bd. Berlin-Leipzig 1918.
Hennig: Die Ersatzansprüche des Urhebers. Diss. Rostock 1933.
Herzog, B.: in MuW 30, 353. (MuW = Markenschutz und Wettbewerb.)
Herzog, S.: Der wettbewerbliche Besitzstand. Berlin 1934.
Hillig: Gutachten über urheberrechtliche, verlagsrechtliche und vertragsrechtliche Fragen. Bd. I und II.
Isay: in GRUR 1929, 38.
Kohler: Handbuch des Patentrechts. Mannheim 1900.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. Berlin 1906.
Kohler: Urheberrecht an Schriftwerken. Stuttgart 1907.
Kohler: Warenzeichenrecht. 1910.
Kohler: Der unlautere Wettbewerb. Berlin 1914.
Krause: Schweigen im Rechtsverkehr. 1933.
Krause: in DJZ 1934, 1511.
Krausse: Das Patentgesetz. Berlin 1931.
Küchenhoff: in DJZ 1930, 1195.
Mäcke: Die Verwirkung. Diss. Halle 1935.
Marwitz-Möhring: Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst in Deutschland. Kommentar. Berlin 1929.
Müller: in Ufita 1934, 398.
Müllereisert: in Zentralblatt für Handelsrecht 33, 97.
Oppenheim: Die Verwirkung im gewerblichen Rechtsschutz. Berlin 1932.
Osterrieth-Marwitz: Das Kunstschutzgesetz. 2. Aufl. Berlin 1929.
Overbeck: Die Verwirkung im geltenden Recht. Diss. Freiburg 1934.
Pape: Gewohnheit als Quelle des subiektiven Rechts. In Magazin für Hannoversches Recht, Bd. VIII, 1858.
Pinzger: Jahresbericht über Schrifttum und Rechtsprechung zum gewerblichen Rechtsschutz, Berlin 1934.
Pinzger: in Ufita 1930, 281.
Pinzger-Heinemann: Das deutsche Warenzeichenrecht. Berlin 1926.
Puchta: Gewohnheitsrecht. I. Bd. 1828, II. Bd. 1837.
Raff: Erfindungsbesitz und Erfindungsvorbenutzung. Diss. Erlangen 1932.
Regelsberger: Pandekten I, 1893.
Reimer: in MuW 1932, 277.
Reimer: in GRUR 1931, 466.
Richter: in Ufita 1934, 330.
Riezler: Venire contra factum proprium. Leipzig 1912.
Ritter: in JW 1934, 2040.
Rosenthal: Wettbewerbsgesetz. 8. Aufl. Berlin 1930.
Rosenthal: in LZ 1929, 586. (LZ = Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht).
Rothenberger: in DJZ 1936, 22.
Ruge: Die Verwirkung im Gebiete der gewerblichen Kennzeichen. Diss. Erlangen 1934.
Rümelin, G.: Das Gewohnheitsrecht. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 27. Bd. Jena 1889.
Rümelin, M.: Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung. Tübingen 1929.
Seligsohn: in GRUR 1930, 93.
Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte. (= Seuff. Arch.)
Siebert: Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Marburg 1934.
Smoschewer: in Ufita 1930, 231.
Stier-Somlo: Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle. Berlin 1900.

Stier-Somlo-Elster: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. IV. Bd.
Stammler: Die Lehre vom Richtigen Rechte. Berlin 1902.
Stammler: Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 3. Aufl. 1928.
Stammler: Privilegien und Vorrechte. Halle 1903.
Stammler: Theorie der Rechtswissenschaft. 2. Aufl. 1923.
Titze: Besitzstand und Verwirkung im Warenzeichenrecht. Diss. Halle 1934.
Ulmer: Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb in ihrer Fortbildung durch die Rechtsprechung. Berlin 1929.
Wachsmuth: Die Grenzen von Gewohnheitsrecht und Verjährung. In Magazin für Hanoversches Recht. Bd. VII, S. 325. 1857.
Weigert: in Ufita 1928, 419.
Weltner: Unlauterer Wettbewerb in Reklameschriften. Diss. Köln 1928.
Wippermann: Die Verwirkung, ein neuer Rechtsbegriff auf der Grundlage von Treu und Glauben. Diss. Erlangen 1934.
Witthüser: Der wettbewerbliche Schutz des Warenzeichens. Diss. Köln 1933.
Zitelmann: Gewohnheitsrecht und Irrtum. In Arch. f. d. zivilistische Praxis, 26. Bd. S. 323.

Lebenslauf.

Am 28. Januar 1910 wurde ich als Sohn des Fabrikdirektors Anton Plücker und seiner Ehefrau Alma, geb. Quosigk in Charlottenburg geboren. Dort besuchte ich 12 Jahre lang die Leibniz-Oberreal-Schule, die ich 1928 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich widmete mich dem juristischen Studium an den Universitäten Berlin und Halle. In Halle hörte ich bei den Herren Professoren Bilfinger, Boehmer, Hein, Noack, Ruth, Schmidt und Wegner.

Herrn Professor Dr. Hein danke ich auch an dieser Stelle für die Anregung zu der vorliegenden Arbeit und für die bei ihrer Ausarbeitung erteilten Ratschläge.